

UNIVERSITÉ D'ALGER
—+—
FACULTÉ DE DROIT
—++—

Année 1928 — N° 5

La Protection
du Nom commercial
en Droit français et en Droit allemand comparés

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT
le 28 Mars 1928

PAR

BERGER-VACHON, VICTOR-AUGUSTE-RAYMOND
né à Téniet-el-Haâd (Alger), le 1^{er} Avril 1902
Lauréat de la Faculté

Jury de la Thèse :

MM. MILLIOT	Président.
CHAUVEAU	} Suffragants.
STÉFANI	

ALGER
IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE E. PFISTER
9, Rue Trolhier

La Protection du Nom commercial

**en Droit français et en Droit allemand
comparés**

UNIVERSITÉ D'ALGER
—♦—
FACULTÉ DE DROIT
—♦♦—

Année 1928 — N° 5

La Protection du Nom commercial

en Droit français et en Droit allemand comparés

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT

le 28 Mars 1928

PAR

BERGER-VACHON, VICTOR-AUGUSTE-RAYMOND

né à Téniet-el-Haâd (Alger), le 1^{er} Avril 1902

Lauréat de la Faculté

Jury de la Thèse :

MM. MILLIOT	<i>Président.</i>
CHAUVEAU	} <i>Suffragants.</i>
STÉFANI	

ALGER

IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE E. PFISTER
9, Rue Trolier

UNIVERSITÉ D'ALGER

FACULTÉ DE DROIT

MM. MORAND, *, I. ☼.	Doyen, Professeur de Droit musulman.
THOMAS, *, I. ☼..	Assesseur du Doyen, Professeur de Droit romain
PELTIER, I. ☼....	Professeur d'Histoire générale du Droit français
MALLARMÉ, I. ☼....	Professeur de Droit administratif, en congé.
CHAUVIN,	Professeur d'Economie politique, en congé.
MILLIOT, A. ☼....	Professeur de Législation algérienne, tuni- sienne et marocaine.
BIENVENUE, ☼....	Professeur de Droit public.
CHAUVEAU.....	Agrégé.
STÉFANI.....	Agrégé
FAÛRE DE CÉRIS, I. ☼.....	Chargé des fonctions d'agrégé.
DUPOND	Chargé des fonctions d'agrégé.
GAFFIOT	Chargé des fonctions d'agrégé.
BRETON.....	Chargé des fonctions d'agrégé.
FRÉJAVILLE.....	Chargé des fonctions d'agrégé.
DU HAMEL....	Chargé des fonctions d'agrégé.
GÉRARD, I. ☼	Professeur honoraire.
TESTAUD, I. ☼....	Professeur honoraire.

JURY DE LA THÈSE :

MM. MILLIOT.....	<i>Président.</i>
CHAUVEAU.....	} <i>Suffragants.</i>
STÉFANI.....	

NOTA. — La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A la mémoire de mon père

Je prie Messieurs les professeurs
ADLER, de l'Université de Vienne,
et WASSERMANN, de l'Université de
Hambourg, qui m'ont apporté une
aide très précieuse dans mon étude
de droit allemand, d'accepter l'hom-
mage de mon respectueux dévouement
et de ma gratitude.

INTRODUCTION

Dans le patrimoine du commerçant, considéré dans sa qualité de commerçant, un élément est important entre tous : le fonds de commerce. Il comprend l'achalandage, le droit au bail, la clientèle, le nom commercial... Il est fréquent que le *nom commercial* représente une grande valeur, il arrive même que ce soit l'élément le plus important du fonds de commerce, car c'est lui qui attire et groupe la clientèle autour de l'entreprise qu'il désigne.

En France, le choix du nom commercial est libre. A vrai dire, il n'est aucun texte spécial qui dispose à cet endroit ; mais, on verra que la loi de 1919 a implicitement reconnu le droit pour le commerçant d'exercer sa profession sous un nom différent de son nom patronymique. Au surplus, on doit signaler le texte proposé par la Commission de la Société d'Etudes législatives (1) qui dispose (art. 11 du projet de loi sur le nom patronymique en matière civile et commerciale) :

« Toute personne peut exercer sa profession sous son nom patronymique, sous le nom de son conjoint, ou sous un pseudonyme... »

A vrai dire, dans ce projet de loi, on s'est préoccupé exclusivement de la transmission de la firme ; en sorte qu'il présente au regard de l'étude que nous allons entre-

(1) Rapport présenté au nom de la Commission de la Société d'Etudes législatives, par M. Joseph Hamel, professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1927, n° 2, p. 127.

prendre un intérêt très relatif. Retenons cependant qu'il affirme, en des termes précis, le droit de l'individu à exercer le commerce, comme d'ailleurs toute profession, sous son nom patronymique ou sous un pseudonyme. Mais, il faut aussi marquer qu'en l'absence d'une pareille disposition qui, nous l'espérons, verra le jour dans un texte de loi définitif, ce droit n'était jusqu'ici nullement contesté; bien mieux, il était implicitement reconnu par la loi de 1919 sur le registre du commerce.

Nous verrons que le droit au nom commercial s'acquiert, en droit français, par l'usage, à considérer qu'il s'agisse d'un fonds de commerce créé. Dans une autre hypothèse il peut être acquis d'un prédécesseur accessoirement au fonds même. Tel, il représente souvent une valeur très considérable, et doit être protégé.

Il n'est pas de pays qui ne se soit soucié d'assurer une pareille protection. Mais, pour parvenir à ce résultat, divers systèmes ont été employés. En France, en l'absence d'une loi sur la concurrence déloyale et de textes spéciaux relatifs à la protection du nom, la jurisprudence a dû bâtir un système empirique. Pour cela faire, elle n'a pu disposer que de l'article 1382 du Code civil en lequel est contenu le principe général d'équité.

Devant le dénuement de la législation française à cet endroit, on a pu se demander si le système empirique bâti par la jurisprudence était suffisant et s'il n'y aurait pas lieu d'apporter quelque précision et quelque amélioration sur ce point, grâce à des dispositions législatives.

Il est apparu, dans les premières années du xx^e siècle, qu'on pouvait en cela tirer quelque profit de l'exemple des législations étrangères. Parmi ces législations, il en est une qui est aux antipodes de la nôtre; c'est la législation allemande. L'abondance et la précision de ses dispositions est en contraste absolu avec l'indigence de textes spéciaux qui caractérise la législation française.

C'est pourquoi, lorsqu'il s'est agi de discuter le point de

savoir si une réforme était nécessaire en France, c'est du côté de l'Allemagne qui venait, avec le Code de Commerce de 1897, mis en vigueur en 1900, de reprendre, avec plus de précision encore, les dispositions de l'ancien Code de Commerce, que se sont tournés les regards. C'est aussi ce qui nous a déterminé à prendre le droit allemand comme point de comparaison. Nous y avons été d'autant plus incités que, en ce qui concerne la protection du nom commercial, il n'est pas, à notre connaissance, de législation plus complète. Il n'est pas d'institution destinée à remplir ce rôle de protection qui ne se trouve en droit allemand. Sans doute, d'autres pays, notamment la Suisse et l'Autriche ont adopté un système analogue, mais on ne saurait trouver dans la législation de ces pays un système plus typique que le système allemand. Dès lors, il nous est apparu qu'au lieu de disperser notre effort il était préférable de sonder en profondeur un système unique, mais qui les contient tous, étant complet et précis. Mais, ayant ainsi limité notre domaine en ce qui concerne le droit comparé, nous avons mis tout notre soin à aller aussi profondément que possible au cœur même des institutions et à mettre en évidence les raisons profondes d'où elles sont issues.

Il va sans dire qu'avant d'étudier la législation allemande pour la comparer à la législation française il était indispensable d'apprécier les résultats auxquels, en France, on est parvenu, car, en dernière analyse, une institution doit toujours être appréciée au regard des résultats obtenus.

Le régime français du nom commercial et de sa protection se présente sous un double aspect de très grande liberté et de très grande souplesse.

Le choix du nom commercial est libre. Le rôle de ce nom est divers. Il peut être un nom patronymique, un nom d'adoption, un nom de fantaisie ; il peut remplir le rôle de nom-signature, de raison commerciale, d'enseigne.

Tel, nous pensons qu'il peut faire l'objet d'un droit de propriété. Cela a été contesté, mais au point de vue de la nécessité de la protection, il n'importe. Il n'existe pas en France, en dehors de l'article 1382, de texte qui dispose à l'endroit de cette protection. La loi de 1824, nous le démontrerons, ne protège que le nom du fabricant. La loi de 1919 sur le registre du commerce, n'a pas adopté le principe allemand de la protection préventive; seul, le dahir marocain de 1913 a fait, dans ce sens, une expérience, à notre avis, malheureuse. La jurisprudence a dû, en mettant à profit le principe général d'équité contenu dans l'article 1382, bâtir un système empirique dont on doit se demander s'il est satisfaisant.

En voici l'essentiel :

Le principe étant que tout dommage devra être réparé, le dommage sera, dans l'espèce, la confusion qui peut naître entre deux entreprises du fait de la similitude des noms qui les désignent. En dehors de cette possibilité de confusion, celui qui, le premier, a employé la dénomination, n'aura pas le droit d'en interdire l'usage à un autre commerçant.

La confusion, source de préjudice, étant établie, quels sont les moyens qui vont se présenter au juges pour réprimer l'abus fait du nom? Si la dénomination a été usurpée, rien n'est plus simple que de lui interdire de faire usage d'une dénomination à laquelle il n'a droit en aucune manière. Rien ne s'y oppose. Si au lieu d'un nom il s'agit d'une appellation de fantaisie la solution est la même. Mais il est des cas où deux commerçants exercent tous deux sous leur nom patronymique. Il est, dès lors, difficile d'interdire au dernier venu de faire emploi de son nom, d'autant plus que, dans bien des cas, ce serait aboutir indirectement à une interdiction pure et simple de pratiquer le commerce. Or, cela est contraire au principe général de la liberté du commerce contenu dans la loi de 1791. Dans ces circonstances délicates, la jurispru-

dence française, n'étant pas gênée par des textes étroits, fait preuve d'une judicieuse subtilité. Dans tous les cas où le titulaire du nom exerce réellement le commerce et l'exerce sous son nom, elle se borne à ordonner des précisions telles que l'identité ou la similitude des dénominations ne puisse être une source de confusion. A fortiori, quand le deuxième usager est de bonne foi. S'il est établi que celui-ci est de mauvaise foi, elle prononcera purement et simplement la suppression du nom, chaque fois que le titulaire de ce nom n'exercera pas réellement le commerce, parcequ'alors cette décision ne saurait aboutir, en aucune façon, à une interdiction d'exercer le commerce.

En dehors de cette limitation au pouvoir des juges tirée du principe contenu dans la loi de 1791, nous estimons, et la jurisprudence l'a reconnu, qu'ils peuvent prendre toutes décisions propres à éviter la confusion source de dommage. Par conséquent, il leur est loisible de ne pas se contenter d'interdire une dénomination employée suivant une certaine disposition, et d'indiquer et d'imposer les modifications susceptibles d'éviter la confusion dans l'avenir. Egalement ils pourront ordonner, dans une désignation, la suppression d'un mot d'apparence banale, mais qui, en fait, retient l'attention et laisse dans l'ombre tous les autres. C'est par ce mot-vedette que la confusion pourra avoir lieu ; c'est donc lui qu'il faudra supprimer. Enfin, les conditions économiques de notre époque sont telles que la confusion, source de dommage, pourra avoir lieu en dépit de l'éloignement. Chaque fois donc, que cette confusion sera possible, toutes mesures devront être prises pour l'empêcher de naître, ou pour réparer le dommage qui en est résulté, si elle a eu lieu. La protection du nom commercial n'est pas limitée dans l'espace.

Il serait difficile de nier que de telles solutions témoignent d'une souplesse et d'une subtilité très grandes et que, dans l'ensemble, elles aboutissent à des résultats par-

faitement logiques et parfaitement équitables. Si donc, on perd de vue l'indigence des textes et qu'on ne s'attache qu'aux résultats acquis, on commence à avoir quelques doutes sur le point de savoir si une réforme est vraiment nécessaire. Ce sont de telles considérations qui, dans une certaine mesure, ont fait que le mouvement en faveur de la réforme, commencé vers 1900, s'est ralenti peu à peu au point d'être à peu près anéanti vers 1914. La loi de 1919 qui a fait du registre du commerce un simple instrument de publicité alors qu'en Allemagne ce registre concourt à la protection préventive de la firme, et le récent projet de la Société d'Études législatives qui ne s'occupe que de la transmission du nom commercial, constituent la preuve que, désormais, la réforme n'est plus à l'ordre du jour, en dépit du mouvement très net qui s'était fait, dans les premières années du xx^e siècle, en faveur d'une réforme inspirée du droit allemand.

A vrai dire la raison tirée de ce que, en dernière analyse, la jurisprudence française remplit parfaitement le rôle qui lui est dévolu, en l'absence de textes législatifs, n'est pas la seule qu'on aie fait valoir, pour conclure à l'inopportunité d'une telle réforme. Quels que soient, pensait-on, les résultats obtenus en Allemagne par le système allemand, est-ce à dire qu'il soit possible d'implanter un pareil régime en France?

Quel est, dans son ensemble, le système allemand de la protection de la firme?

Tout d'abord il existe, par le moyen du registre du commerce, une protection préventive de la firme. Mais la firme n'est pas le nom commercial sous toutes ses formes. Seul, le nom-signature constitue la firme à l'exclusion de l'enseigne et de la raison commerciale; ce n'est pas, non plus, le nom signature de tout commerçant. Seul, le plein commerçant a droit à la firme. Ainsi le domaine de la protection préventive par le registre du commerce est doublement limité. Est également restreinte à la firme, la

protection repressive assurée par l'article 37 du Code de commerce, qu'il s'agisse de l'action publique au titre du paragraphe 1 ou de l'action privée au titre du paragraphe 2.

Par conséquent, seul est protégé, aux termes de ces textes, le nom du plein commerçant. Il y a déjà, là, une ventilation qui ne peut guère être admise en droit français où la protection plus ou moins grande n'est pas tributaire de l'organisation plus ou moins évoluée des entreprises. Cette hiérarchie dans la condition de commerçant est contraire à l'esprit foncièrement égalitaire et démocratique du Français. Or, comme c'est précisément au prix d'une telle hiérarchie et d'une telle ventilation qu'on a pu organiser un système de protection préventive, on voit de suite quelle va être la difficulté d'une réforme dans ce sens. Mais ce n'est pas tout. Ce rôle préventif de protection n'est possible que si l'on donne, au juge chargé du registre, le pouvoir de refuser l'enregistrement chaque fois que la firme, dont l'inscription est requise, peut être confondue avec une firme déjà inscrite. Or, on l'a fait remarquer à plusieurs reprises, le tempérament essentiellement frondeur du Français est peu susceptible de s'accommoder d'un pareil contrôle. Voilà donc une difficulté de plus.

Restent les textes d'une application plus générale relatifs à la protection répressive, c'est-à-dire l'article 16 de la loi de 1909 sur la concurrence déloyale, les articles 12, 823 et 826 du Code civil.

Ces dispositions échappent aux reproches que l'on a pu faire aux précédentes. Notamment l'article 16 de la loi de 1909 est un texte large et complet. Mais, si l'on considère l'application qui en a été faite par la jurisprudence, on ne voit pas que celle-ci en ait tiré des conséquences sensiblement différentes des résultats consacrés par la jurisprudence française.

Il est cependant deux points importants sur lesquels la jurisprudence allemande est plus sévère : la protection est

assurée en dépit de la différence des entreprises; la suppression ou l'abandon de la firme est ordonné, en cas d'homonymie, au deuxième usager de mauvaise foi, même si elle est constituée par son nom patronymique. On aboutit ainsi, directement, à une interdiction de faire le commerce, puisque le nom patronymique peut seul constituer la firme. A ce titre, il paraît difficile d'adopter les solutions sévères de la jurisprudence allemande.

Ayant ainsi brossé à grands traits le tableau du système législatif allemand de la protection et donné un aperçu des décisions de jurisprudence auquel il conduit, on est bien obligé de reconnaître :

D'une part, en ce qui concerne la protection préventive, qu'on ne peut introduire telle ou telle disposition isolée et que, d'un autre côté, le système, dans son ensemble, est contraire à l'esprit du droit français et du Français lui-même.

D'autre part, quant à la protection répressive, que les solutions auxquelles parvient la jurisprudence en s'appuyant sur l'article 16 de la concurrence déloyale et l'article 30 du Code civil, sont sensiblement les mêmes que celles de la jurisprudence française fondées sur l'article 1382. Bien plus, il paraît difficile de prendre exemple de la jurisprudence allemande dans la mesure où elle est plus sévère que la nôtre; dans cette voie la jurisprudence française se heurterait à des principes d'une portée très générale, auquel on ne saurait contrevenir.

Il n'y a rien, dans ces constatations, qui tende à mettre en doute l'efficacité du régime allemand, en Allemagne. Il s'agit seulement de se demander si, en France, une réforme inspirée du droit allemand est indispensable; puis de rechercher, si le système allemand, introduit en France, est susceptible de donner les mêmes résultats qu'en Allemagne, à considérer — ce qui n'est pas établi — que ce système soit susceptible de ne point heurter l'esprit français.

C'est pourquoi nous étudierons, dans une première par-

tie, la notion et la nature juridique du nom commercial en droit français.

Ayant ainsi assuré notre point de départ, nous consacrerons une deuxième partie à l'étude approfondie et détaillée du système français de la protection. Nous mettrons en évidence l'indigence des textes; mais, cela fait, nous établirons avec quelle souplesse, quelle subtilité et sagesse la jurisprudence française a suppléé à ce défaut.

Enfin, dans une troisième partie, nous étudierons le système allemand de la protection de la firme et son luxe de dispositions. Nous nous efforcerons de dégager l'esprit même de ces dispositions et les raisons profondes dont elles sont issues. A ce moment force sera de nous apercevoir que cette abondance et cette précision des textes est, surtout, la conséquence de ce que, pendant longtemps, en Allemagne, le droit au nom ne fut pas reconnu, et qu'en l'absence d'un droit général sur le nom, il fallait bien disposer de textes précis. Au contraire en est-il du droit français.

Ce sera donc l'objet de la conclusion d'apprécier toutes ces considérations et en définitive de dire si, en France, une réforme est souhaitable, imitée du droit allemand.

Dans ce but, nous pensons qu'il importe, surtout, de ne point perdre de vue que les résultats obtenus dans un pays donné ne sauraient faire prévoir, nécessairement, des résultats semblables, dans un pays qui témoigne d'une psychologie différente. Car, en dernière analyse, les institutions du Droit, sont l'expression de la notion moyenne, d'équité qui se manifeste, à un moment donné, dans un milieu déterminé.

PREMIÈRE PARTIE

NOTION ET NATURE JURIDIQUE
DU NOM COMMERCIAL
EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

De la notion de nom commercial

Un commerçant crée un établissement commercial et ses affaires prospèrent, il jouit aussitôt d'un certain crédit. Par crédit (*lato sensu*) nous entendons ici la confiance que chacun lui témoigne, confiance plus ou moins étendue, sans laquelle aucune affaire commerciale ne peut se maintenir. Supposons que cette confiance, obtenue tout d'abord par habileté ou par sympathie, supposons que cette confiance persiste du fait que la qualité des marchandises et les conditions auxquelles il commerce se trouvent être conformes aux désirs de ses clients, son crédit (*lato sensu*) augmente. De gratuite et spontanée la confiance devient fondée. Ce commerçant acquiert une réputation. Cette réputation lui vaut une clientèle avec laquelle il pourra commercer dans des conditions déterminées.

La réputation de ce commerçant ne va pas tarder à transpirer, souvent même à rayonner. Alors, les besoins en capitaux de son commerce augmentent. Ces capitaux lui seront prêtés sur la foi de son honnêteté et de la prospérité de ses affaires. Il obtiendra du crédit au sens strict du mot. A vrai dire, dans la plupart des cas, ce crédit, il l'aura obtenu dès l'abord, mais timide, réservé, minime

généralement. A partir du moment où à diverses reprises il aura satisfait à sa signature, la confiance de plus en plus grande va faire place à la réserve et à la défiance.

La réputation qui lui vaut ce crédit, il l'aura acquise en pratiquant le commerce sous une désignation, un nom dont il signe ses engagements. Le choix de cette désignation est en droit français, libre, libre absolument. Ce sera très souvent son nom patronymique, mais ce peut être un pseudonyme, un nom de fantaisie. Dans l'hypothèse où le fonds de commerce n'aura pas été créé, mais acquis par suite d'une transaction, ce pourra être le nom d'un cédant. Quoi qu'il en soit, ce nom sera l'expression de sa personnalité commerciale comme le nom civil est l'expression de la personnalité civile. Mais, il y a plus. Comme le fait très justement remarquer Monsieur OUDINOT (1), alors que le législateur ne lui attribue que ce rôle, le client et les commerçants eux-mêmes arrivent à considérer le nom comme représentant le fonds de commerce lui-même. C'est ainsi qu'ils le conçoivent, qu'ils le situent, qu'ils le désignent, de sorte que dans l'usage du commerce il devient aussi bien le *substitut* du fonds de commerce que celui du commerçant qui l'exploite.

Il arrive, d'ailleurs, que le commerçant avisé dispose le nom de telle manière que cette identification du nom et du fonds s'impose au client. Ce résultat il l'obtiendra, en le mettant en vedette à la devanture de son établissement, en tête de ses factures ou de ses prospectus. Ce seront l'enseigne et la raison commerciale.

Nous avons parlé jusqu'ici du commerçant unique, mais il en sera de même de deux ou plusieurs

1) Oudinot « Annales de Droit Commercial », 1912, p. 259.

associés. De même que l'individu a la faculté de choisir telle désignation qui lui convient pour exercer le commerce, de même une société pourra par exemple choisir parmi les noms de ses membres ceux qu'elle mettra en vedette dans la raison sociale; c'est le cas de la société en nom collectif. Si c'est une Société anonyme, elle aura toujours la ressource de prendre une appellation de fantaisie qui sera sa raison de commerce.

A l'égal des individus et des sociétés, les associations n'ayant pas la personnalité morale peuvent adopter une dénomination qui constitue leur propriété. Ce fut le cas, en France, des Pères Chartreux.

Enfin, il n'est pas jusqu'aux initiales et aux chiffres qui, dans la mesure où ils sont des diminutifs du nom ne puissent être protégés comme tels. Disons, dès l'abord, que cette question présente peu d'intérêt, car les initiales et les chiffres sont le plus souvent enregistrés à titre de marques, que dès lors, ils jouissent de la protection dévolue au titre de la loi de 1857. L'étude de cette loi n'entre pas, nous le verrons, dans le cadre de cet ouvrage.

C'est du nom commercial ainsi envisagé qu'on a pu dire qu'il était pour le commerçant qui l'employait, « le signe de ralliement de la clientèle, le thermomètre de son crédit ». Tel, le droit à ce nom est précieux. Il constitue un élément, parfois considérable du fonds de commerce. Désignant la personnalité du commerçant, et, nous l'avons vu, le fonds même que celui-ci exploite, il possède sur la clientèle un pouvoir d'attraction; il est dans les transactions un signe de confiance. Ces deux rôles il les remplit simultanément dans certains cas; c'est le cas du nom commercial ou de la raison sociale, à

la fois nom-signature, raison commerciale et enseigne. Mais il arrive que la forme particulière sous laquelle se présente le nom commercial le destine à remplir un rôle plutôt que l'autre. S'agit-il de l'enseigne, elle a surtout un pouvoir attractif. S'agit-il du nom signature, son rôle est d'affirmer les engagements du commerçant, car ce va dans l'attribution du crédit se substituer à sa personnalité.

Nous avons supposé plus haut, quand nous avons envisagé le cas d'un commerçant qui créait un commerce, que ce commerçant exerçait sous son nom patronymique. C'est le fait de n'importe quel homme quand il entreprend un travail ou une affaire de vouloir que son travail porte sa marque, que chacun sache qu'il en est l'auteur. Il en réclame la paternité. Les espoirs qu'elle permet de nourrir sont les siens, de même les luttes qu'elle nécessitera, de même les déboires qui peuvent advenir. Qu'importe si l'espoir est déçu, si les déboires dépassent les prévisions. Ils devront être acceptés, qu'il en triomphe ou non. C'est sous le drapeau de sa personnalité qu'il mène son œuvre; le substitut le plus apparent et le plus complet de sa personnalité, c'est son nom.

Il en est de l'entreprise commerciale, comme de toute autre. Là plus qu'ailleurs le nom s'impose comme substitut de la personnalité (à considérer qu'il s'agisse d'une maison qu'il faut créer et non d'un commerce déjà existant, auquel cas si le crédit s'est fait sur le nom de celui duquel on l'acquiert, l'intérêt peut être considérable à le conserver).

C'est que les transactions commerciales nécessitent toujours la signature. Le crédit est essentiel-

lement personnel, au contraire du crédit civil qui est réel, et il sera accordé sur la dite signature qui concrétise l'engagement de la personne.

Dès lors, on voit les raisons qui incitent fortement et parfois même obligent le commerçant à prendre son nom patronymique comme nom commercial. D'ailleurs, remarquons, dès l'abord, que tant que le crédit est absolument personnel, tant qu'on l'accorde à la seule personnalité considérée *in abstracto* (il en est ainsi dans une certaine mesure et pendant un espace de temps plus ou moins bref), il n'y a pas à proprement parler de nom commercial. Ce n'est que lorsque le crédit commence à se faire sur la foi de la prospérité du commerce en même temps que sur la foi de l'honnêteté du commerçant, lesquels conjugués aboutissent à la satisfaction des engagements, ce n'est qu'à ce moment, disons-nous, qu'on se trouve en présence du nom commercial. Ainsi en est-il quant au crédit (*stricto sensu*); ainsi en est-il plus clairement encore de la réputation due à la qualité des marchandises et aux conditions de vente.

Alors, pâlit et s'efface de plus en plus, la personnalité du commerçant considérée *in abstracto*, comme individu. L'entité juridique du nom commercial, même considérée comme signature, est devenue la résultante du crédit que l'on fait à l'entreprise commerciale elle-même, considérée comme prospère et durable, et à celui même qui la dirige. Mais la personnalité de ce dernier considérée *in abstracto* d'abord considérable et presque exclusive, diminue de plus en plus au profit de l'entité que constitue l'entreprise commerciale.

Donc, le commerçant peut exercer le commerce sous son nom patronymique, lequel devient nom commercial. Il arrive qu'à ce nom s'ajoutent un ou plusieurs prénoms ou même que le prénom soit

choisi exclusivement pour jouer le rôle de nom commercial. Mais ce n'est point ici que nous devons étudier ces deux points. Ils trouveront leur place, le premier aux chapitres qui traitent de la protection du nom commercial, l'autre au paragraphe relatif au nom d'adoption. En effet, à la différence de la législation allemande qui exige, quant aux pleins commerçants l'adjonction au nom patronymique d'un prénom au moins, les prénoms ne sont nécessaires en droit français que lorsqu'il s'agit d'éviter la confusion avec un nom identique ou trop ressemblant. Quand ils constituent le nom commercial, ils entrent dans la catégorie des noms d'adoption.

Le commerçant peut également exercer sous un surnom qu'il adjoindrait à son nom patronymique à condition que ce surnom ne soit pas le nom patronymique d'un tiers. (Paris, 3 juillet 1907. Lévy dit Gouchaux. *Annales de la Propriété Industrielle*, 1908.2.27).

C'est un fait conforme au principe de la liberté pour le commerçant de prendre la dénomination qui lui convient, que celui de pouvoir entreprendre et faire prospérer un commerce sous un pseudonyme. A la vérité, cette hypothèse se rencontre plus fréquemment en matière de nom professionnel qu'en matière de nom commercial. POUILLET cite au titre du nom commercial une décision relative à l'attribution de la propriété exclusive du nom de guerre, en l'espèce Tom-Pouce (1). On peut ajouter la décision plus récente relative au pseudonyme très connu de Charlot (2).

1) Pouillet op. cit. n° 726. Trib. Comm. Seine, 24 avril 1843. *Le Droit*, 25 avril.

2) Procès Charlie Chaplin. *Petit Provençal*, 21 mai 1925.

Nous n'insisterons pas sur ces décisions qui trouvent mieux leur place dans un ouvrage traitant de la concurrence déloyale en général. Mais quand nous traiterons de la protection du nom nous examinerons de plus près l'arrêt Job (1) attribuant la propriété et la protection à la dénomination Job qui n'est que la transformation des initiales J. B. avec interposition d'un signe en forme de losange.

D'ores et déjà, il faut affirmer que le pseudonyme constituant le nom commercial est la propriété de celui qui l'a employé et qu'il jouit de la même protection que le nom patronymique tel que nous l'avons envisagé tout à l'heure.

Enfin, bien que ce soit plus souvent le cas des sociétés, l'individu peut, tout en conservant son nom pour signer ses engagements, désigner son entreprise d'un nom de fantaisie susceptible de retenir plus facilement l'attention du public, par exemple « Au Bon-Pasteur », « A Saint-Hubert ». C'est la raison commerciale. Que cette dénomination soit maintenant disposée d'une certaine manière, sur un panneau à l'entrée de son magasin, par exemple, et ce sera l'enseigne.

En envisageant ces diverses formes du nom commercial, nous les avons toutes rapportées à l'individu commerçant. Mais, on le sait, le commerce à l'égal de l'industrie est de plus en plus le fait des sociétés, pour des raisons d'ordre économique, connues de chacun, notamment le besoin, pour la grande entreprise industrielle et commerciale, de capitaux considérables.

1) Paris 27 oct. 1910 ; Annales de la Propriété Industrielle 1911 I. 174 et D. P. 1912-2-325.

Or, tout comme les particuliers, ces sociétés ont besoin d'une dénomination. Quelle que soit la forme qu'elles auront adoptée (société en nom collectif, société de capitaux, société à responsabilité limitée), il en est une qui leur sera toujours possible de choisir : C'est la *raison commerciale*.

Mais, seules les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, pourront avoir une *raison sociale*. C'est une désignation qui sera, le plus souvent, composée des noms des associés les plus marquants et les plus solvables à supposer qu'ils aient accepté d'y figurer, cela dit en se plaçant au point de vue de la faveur dont on veut voir jouir aussitôt la désignation, et sans oublier que d'autres raisons peuvent déterminer le choix. Cette raison sociale, elle va jouer le rôle de signature et, sauf l'adjonction d'une raison commerciale, elle pourra aussi être la désignation courante de l'entreprise commerciale.

La raison commerciale, c'est en effet le vocable qui désigne aux yeux du public une entreprise commerciale menée par un individu ou par une société. Les exemples sont nombreux de maisons désignées sous un vocable expressif. A ne prendre que les grands magasins, on trouve : *La Belle Jardinière*, le *Bon Marché*, le *Louvre*, la *Samari-taine*. Dans les rapports courants qui s'établissent entre la maison ainsi désignée et la clientèle, le nom du propriétaire (des associés quand il s'agit d'une société), n'apparaît pas, ou, tout au moins, c'est la raison commerciale ainsi définie qui est destinée à retenir l'attention du public. C'est un résultat qui est atteint, presque toujours sans difficulté.

Cependant, ce résultat de réclame et de propagande une fois atteint, il reste un rôle que la raison

commerciale ne peut pas jouer : c'est celui du nom commercial signature. On ne signe pas un effet de commerce : *Au Bon Marché* ou *A La Belle Jardinière*, cela est évident. On le signe de son nom commercial qui peut être un nom patronymique, un pseudonyme, un prénom, un surnom, ou de la raison sociale quand il s'agit d'une société. Et c'est bien là ce qui distingue les noms de fantaisie, la raison commerciale, qui, dans la langue italienne, répond au nom significatif de « ditte », du nom commercial signature ou de la raison sociale, de ce qu'en Allemagne on appelle firme et que le Code allemand définit : le nom sous lequel un commerçant pratique le commerce et dont il signe ses engagements.

Moins encore que la raison commerciale, l'enseigne ne saurait remplir le rôle de nom-signature. Reprenant pour l'enseigne une définition qui a été donnée pour le nom, on peut la définir : le pavillon de la maison de commerce. C'est, comme dit M. POUILLET, *une désignation emblématique ou nominale par laquelle la maison qui la possède se distingue des maisons de commerce, se rappelle à l'esprit, frappe enfin et attire les regards*. En effet, s'il est vrai que le nom commercial, sous toutes ses formes, est destiné — entre autres choses — à jouer ce rôle de signe de ralliement, il n'est pas douteux que ce soit l'enseigne qui le remplisse le mieux. Elle s'impose à la mémoire, après avoir attiré le regard. Pour cela, elle est significative et suggestive. L'enseigne de ce restaurant sera : *A la Rôtisserie de la Reine Pédauque* ; celle de tel marchand de vin : *Aux Caves du Château*. Les plus pauvres en imagination appellent à leur secours le nom de la rue où est situé l'établissement, *Grill Room Médicis*. Dans tous les cas, l'enseigne constitue une vérita-

ble propriété pour celui qui, le premier, s'en est servi pour désigner son établissement.

Ainsi que nous le remarquons tout à l'heure, la notion d'enseigne est moins compréhensive que celle de nom commercial. A ce titre, les auteurs l'ont parfois étudiée dans un chapitre spécial, ne lui laissant pas droit de cité, dans l'étude du nom commercial proprement dit (POUILLET Editions successives). Mais, il y a plus, M. ABEL AUSCHETZKY, auteur d'une thèse déjà citée, prétend l'éliminer tout net de son étude au même titre que les marques de fabrique (1).

Pour notre part, nous nous proposons d'étudier l'enseigne en même temps que les autres formes du nom commercial. C'est en tout cas une méthode que le fait seul que l'enseigne se confonde souvent avec le nom commercial, justifie suffisamment à notre sens. Qu'on n'objecte pas que les marques de fabrique ou de commerce auxquelles nous consacrerons seulement quelques brefs développements, se trouvent contenir aussi parfois le nom du fabricant ou du commerçant.

Si nous ne voulons pas étudier ici les marques de fabrique ou de commerce, c'est qu'elles font l'objet d'une protection prévue par la loi de 1857, protection plus précise et procédant d'un principe différent. Dès lors, on peut concevoir que l'étude des marques fasse l'objet d'ouvrages qui traitent complètement de la question et en fait, nous ver-

1) Il semble que l'on puisse trouver la cause d'une pareille méthode dans ce fait que l'enseigne n'est pas protégée au titre de la loi pénale 1824. C'est là une raison doublement mauvaise : d'abord parce que, en dehors de la loi de 1824, l'enseigne jouit de la même protection que toutes les autres formes du nom commercial aux termes de l'art. 1.382 ; ensuite, parce que nous verrons que, dans la pratique, les cas d'application de la loi de 1824 en ce qui concerne le nom commercial sont extrêmement rares.

rons que de tels ouvrages existent. Au contraire, la protection de l'enseigne n'est assurée par aucune loi spéciale en dehors du principe général d'équité contenu dans l'article 1382 C. Civ. qui régit la protection du nom. Dans ces conditions, l'étude de l'enseigne ne saurait être traitée ailleurs que dans un ouvrage traitant du nom commercial.

Cela dit, il nous faut donner les raisons pour lesquelles nous n'étudierons pas dans cet ouvrage la protection du nom commercial lorsqu'il est devenu marque de fabrique. Dire qu'un nom commercial est en même temps marque de fabrique, c'est entendre que celui dont il est le substitut est à la fois fabricant et commerçant, qu'on fait le produit dans ses usines et qu'il est vendu par lui-même ou par l'intermédiaire de ses agents dans ses entrepôts et dans ses magasins. Mais cette distinction a, au point de vue qui nous intéresse, une valeur très relative et nous entendons insister plutôt sur celle qui réside dans la protection plus précise et les formalités rigoureuses d'inscription qui sont le fait de la marque à l'exclusion du nom commercial, quand celui-ci n'est pas à la fois nom et marque.

Sans vouloir remonter plus loin que le droit révolutionnaire, les marques ont toujours fait l'objet d'une protection rigoureuse. Le législateur de cette époque, dont le Code pénal s'appropriera plus tard les dispositions, fut même d'une rigueur excessive. En effet, la loi du 25 germinal an XI et l'article 124 du Code pénal punissaient les contrefacteurs de la peine de réclusion. Le sort de cette loi fut celui de toutes les lois trop sévères : Elle ne fut pas appliquée. C'est un fait courant en matière pénale que, lorsque, pour réprimer un délit, est prévue une peine trop sévère, le juge a une grande répugnance à l'appliquer. En l'absence de disposi-

tions plus conformes à l'ampleur de la faute, il préfère acquitter le coupable. Ces dispositions ne furent donc point appliquées et la rigueur de la loi eut sensiblement pour résultat l'impunité.

La loi de 1824 dont nous aurons à nous occuper plus loin en détail, corrigea la sévérité excessive de l'article 124 du Code pénal. Elle réduisit l'usurpation du nom apposé sur le produit d'un fabricant aux justes proportions d'un délit en prévoyant à l'encontre du contrefacteur des peines correctionnelles.

« La loi de 1857, dit le rapporteur, a complété l'œuvre de la loi de 1824; elle a comblé les lacunes de la législation sur les marques, fait cesser le défaut d'harmonie qui existait entre ses diverses dispositions, déterminé la juridiction d'une manière uniforme, enfin, donné à la peine un degré d'énergie suffisant, mais qui ne dépasse pas le but. »

Ainsi, les marques de fabrique sont-elles l'objet d'une protection plus précise et plus sûre, puisque en plus de l'action en concurrence déloyale commune aux titulaires des noms, des marques, des brevets, elle jouit de la protection pénale prévue par la loi de 1857.

Ce n'est pas le seul point sur lequel on puisse faire une distinction très tranchée entre la marque et le nom. La marque, aux termes de la loi de 1857, comme aux termes de la loi de germinal, an XI, doit faire l'objet d'un dépôt.

On a beaucoup discuté sur la valeur de ce dépôt. Il est tout au moins certain que le but visé est de faire connaître à chacun le signe que tel fabricant prétend prendre à titre exclusif pour désigner ses produits. Ce fabricant il fallait le protéger contre le contrefacteur de bonne ou de mauvaise foi. Il était juste de prévoir une garantie spéciale (peines

correctionnelles) mais pour que cette garantie fut justifiée, il fallait que toutes précautions fussent prises pour que les tiers, contrefacteurs éventuels, fussent mis en garde contre une usurpation involontaire, pour qu'ils ne puissent arguer de leur ignorance et de leur bonne foi, ces deux éléments devant, à n'en pas douter, surtout en matière pénale, être pris en considération.

On a beaucoup discuté, disions-nous, sur la valeur du dépôt au point de vue juridique. Est-il déclaratif ou attributif de propriété ?

Dans l'opinion qui a prévalu le dépôt est seulement déclaratif de propriété. Mais, même à ce titre, on voit la situation qui est faite, au point de vue de la protection à la marque déposée (à l'exclusion du nom commercial et de la marque non déposée), à savoir que le dépôt seul accorde au titulaire le droit à l'exercice de l'action en contrefaçon.

Il reste entendu, dans l'opinion courante, que la marque non déposée doit être protégée, en vertu du principe d'équité contenu en l'article 1382, car la bonne foi de l'imitateur laisse subsister la faute dans une certaine mesure et ne saurait en aucun cas diminuer le préjudice. Mais il va sans dire que l'avantage du dépôt étant d'accorder seul l'action en contrefaçon, il sera presque toujours requis. Ainsi, on voit s'accuser de plus en plus la différence entre la situation faite au nom commercial en même temps marque de fabrique et le nom commercial tel qu'il fera par la suite l'objet de notre étude.

Aux termes de la loi de 1857, comme de celle de l'an germinal an IX, le nom marque de fabrique aura, par la formalité du dépôt, le bénéfice de l'ac-

tion en contrefaçon. Mais, ce n'est pas tout. Ce dépôt, ainsi que le dit le rapporteur de la loi de 1857, donne dans les questions de priorité un élément de certitude dont l'intérêt ne peut pas échapper.

Dès lors, apparaît, mieux encore, la situation plus nette du nom marque de fabrique et la protection plus précise dont il fait l'objet. C'est ce qui nous a, sinon déterminé, car nous y étions déjà poussé par d'autres raisons, du moins confirmé dans cette idée que nous pouvions éliminer de notre programme l'étude du nom devenu marque. D'autres raisons nous ont poussé dans cette voie. En effet, étudier ici, les marques de fabrique eut été superflu, car la question a été abondamment et très sérieusement traitée, il y a sur la matière des ouvrages complets (1). N'était-ce pas alourdir inutilement, au risque d'en détruire l'harmonie, un ouvrage déjà long.

Mais, surtout, combien, au point de vue droit comparé, l'intérêt de cette étude eût été pâle, auprès de celle du nom commercial que nous allons entreprendre. En effet, tous les pays ont légiféré sur la protection de marques de fabrique. Partout, cette protection se présente avec des contours nettement définis, à peu près identiques. Au contraire, la publicité, la protection du nom commercial est diverse suivant les législations, et cette différence s'accuse surtout entre le système français et le système allemand que nous nous proposons d'étudier. L'avantage de cette étude, si du moins elle atteint son but,

1) *Pouillet* : Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres *Paris* Edition 1912. *Rendu* : Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale *Paris* 1858. *De Maillard de Marafy* : Dictionnaire international de la propriété industrielle au point de vue du nom commercial et des marques de fabrique.

sera d'avoir marqué le caractère et les modalités de chacune de ces législations auxquelles toutes autres peuvent se ramener et au moyen de la comparaison, à la fois de ces dispositions et de leurs résultats dans chaque pays, de déterminer la mesure dans laquelle nous pourrions en France prendre exemple des législations germaniques. Or, il nous est apparu qu'en ce qui concerne les marques de fabrique cette étude ne pouvait présenter les mêmes profits, pour les raisons tirées de la similitude des législations et surtout de leur égale précision.

En dehors de l'étude des marques, il pouvait paraître utile dans une étude sur le nom commercial d'étudier les noms d'origine qui sont à la localité ce que le nom commercial est à l'individu, dans la mesure où il identifie le produit, où il l'annonce, où il est une garantie de réputation.

Mais la notion du nom commercial est bien plus complète, puisqu'elle comprend l'étude du nom signature qui ne saurait exister pour l'appellation d'origine. En outre, leur nature respective est assez différente. Le nom commercial peut être cédé; il n'en est rien de l'appellation d'origine. Enfin, en dehors de ces considérations qui étaient suffisantes pour éliminer cette étude du cadre de notre ouvrage, nous avons pensé qu'après la thèse très récente et très complète de Mlle Jeanne MARCY (1) (décembre 1927) il était pour le moins inutile de consacrer un chapitre à une question qui est traitée tout au long dans une bonne thèse.

Cela dit, sur les marques et les appellations d'origine, il nous reste d'un rapide coup d'œil à revoir toutes les formes du nom commercial telles que nous venons de les décrire.

1) *Jeanne Marcy* : La Réglementation des appellations d'origine
Thèse Paris 1927.

Ce sont, d'une part :
Le nom patronymique, le prénom,
Le nom d'adoption.
La raison sociale.

Sous ces diverses formes, le nom commercial peut, suivant le cas, servir de signature, d'enseigne tout à la fois; il peut aussi être simplement l'un ou l'autre.

D'autre part :
La raison commerciale (nom de fantaisie).
L'enseigne.

Il arrive souvent que la raison commerciale et l'enseigne se confondent dans une même désignation : « A la Belle Jardinière », par exemple. Elles peuvent être différentes. L'une, ni l'autre, ne saurait jouer le rôle de nom signature.

Envisagé sous tous ces aspects, le droit au nom commercial constitue un des éléments, parfois même l'élément le plus important du fonds de commerce. Nous traiterons de la nature juridique de ce droit dans le chapitre suivant. Mais, quelle que soit la solution adoptée, il est certain que ce droit qu'on peut créer, acquérir ou transmettre, on doit en réglementer l'exercice et la jouissance aussi bien qu'en assurer la protection.

De savoir comment cette protection est organisée, c'est l'objet même de cet ouvrage et la question sera traitée tout au long. Mais avant que de passer à cette étude, il convient de se demander dans quelle mesure le choix du nom commercial sera libre, et si le nom commercial une fois choisi, le titulaire en pourra faire l'usage qu'il lui plaira et suivant sa fantaisie l'abandonner ou le modifier à sa guise.

Et d'abord dans quelle mesure le choix du nom commercial est libre ?

L'énumération que nous avons faite des formes diverses sous lesquelles il pouvait se présenter a laissé pressentir la réponse que nous allons faire à cette question, à savoir qu'en France le choix du nom commercial est absolument libre. Certains termes couramment employés comme ceux de nom d'adoption, noms de fantaisie, sont à cet égard très significatifs. Sans vouloir anticiper et simplement pour marquer l'importance de la remarque, disons qu'il n'en est pas ainsi dans tous les pays et notamment dans la législation allemande.

Elle décide, en effet, que le commerçant ou tout au moins le plein commerçant, devra obligatoirement prendre comme firme son nom patronymique auquel il ajoutera un ou plusieurs prénoms.

La notion de firme est donc bien moins compréhensive que celle de nom commercial.

Cette mise au point faite, revenons au principe de la liberté du choix du nom commercial.

On est, en effet, libre de le choisir et cette liberté est si grande que si l'on a pris comme pseudonyme le nom patronymique d'un tiers, cette désignation sera protégée à l'égal de tout autre, même contre le titulaire du nom patronymique. Ainsi, pour un individu, la liberté de choix du nom est absolue. Est-ce à dire que sa fantaisie n'ait pas de limites ? Non pas, car l'intérêt des tiers est en jeu.

Le choix une fois fait, le nom doit obéir au principe de vérité qui peut être défini : le principe qui exige que la personnalité du commerçant soit toujours en concordance avec le nom commercial qu'il a choisi.

Il y a ici une différence assez tranchée entre le droit français et le droit allemand. En France, le

choix du nom commercial, quand il s'agit de la constitution d'un fonds de commerce, est absolument libre. Par contre, dès qu'il s'agit de la transmission du nom, toutes les précautions sont prises dans l'intérêt des tiers. Le souci de l'intérêt des tiers a empêché d'admettre en France que le cessionnaire de la firme soit dispensé de mentionner sa qualité de successeur et que la firme puisse faire l'objet de cessions successives sans qu'aucun des cessionnaires soit obligé de mentionner cette qualité.

Ce système est pourtant celui qu'a admis le droit allemand, par une singulière anomalie, semblet-il, puisqu'il est si rigoureux pour le choix de la firme, dans l'hypothèse du commerçant qui crée un fonds. Disons de suite que le système français paraît beaucoup plus logique. Nous aurons l'occasion par la suite de revenir sur cette antynomie.

Quelle est maintenant, pour les sociétés, la mesure dans laquelle elles peuvent librement choisir leur dénomination ?

En ce qui concerne la raison commerciale et l'enseigne, la latitude est aussi grande que pour l'individu. N'importe quelle société, nous l'avons vu, la peut choisir à sa guise.

Il en est pas de même de la raison sociale.

Dans les sociétés en nom collectif, celle-ci doit se composer du nom de tous les associés ou au moins de plusieurs d'entre eux (art. 21 et 22, Code de commerce). Il en est de même dans la société en commandite, du ou des associés indéfiniment responsables (art. 23, Code de commerce).

Si tous les noms ne figurent pas dans la raison sociale, on devra ajouter le mot : et Cie, et notamment dans le cas où le nom d'un seul des associés y figure. Ces dispositions sont prises afin que le

tiers ne soit pas induit en erreur, croyant traiter avec un commerçant isolé lorsqu'il traite avec une société. C'est son droit d'être fixé; il peut même y avoir un intérêt. Pour le même motif, il y aurait délit d'escroquerie de la part des associés véritables dans le fait d'introduire dans la raison sociale des noms de personnes non associées. (Art. 405 C. P.) Il importerait peu que ces noms insérés dans la raison sociale fussent imaginaires.

Donc, c'est un point acquis et cela dans toutes les législations, que dans l'intérêt même des tiers, la raison sociale doit satisfaire absolument au principe de vérité. Pourquoi la législation française n'a-t-elle pas, à l'égard du nom commercial de l'individu, la même rigueur, comme c'est le cas de la législation allemande ? Est-ce à dire que lorsqu'il s'agit du nom d'un individu, elle méconnaît l'intérêt des tiers ?

Non pas. La confusion, la méprise éventuelle est en pareil cas moins à craindre.

Au début de l'entreprise, le nom commercial est choisi et à partir de ce moment il représente à la fois l'individu commerçant et le fonds qu'il exploite. Que, peu à peu, la personnalité civile du commerçant s'efface, cela n'a pas la moindre importance; cela est même conforme à la véritable notion de nom commercial. Pour ne pas tromper les tiers, il suffit que le nom commercial une fois choisi reste identique à lui-même. En exigeant cela, la jurisprudence française prend toutes précautions pour que l'intérêt des tiers soit sauvegardé. C'est d'ailleurs son grand souci et c'est pour cela que, à l'inverse de la législation allemande, elle n'admet pas le principe de la perpétuité de la firme. Si la liberté qu'elle accorde au commerçant de choisir son nom commercial est très grande, c'est

que, ce faisant, il ne saurait parvenir à tromper les tiers, à moins qu'il ne prenne le nom d'un autre commerçant déjà établi, chose qui ne lui sera pas permise et qui est sévèrement réprimée. En effet, son commerce étant nouveau, il l'annonce sous la dénomination qui lui plaît. Comme il s'agit d'une chose qui sort du néant, il ne saurait y avoir confusion avec aucune autre; les tiers ne peuvent être induits en erreur. Au contraire, si l'on envisage l'hypothèse d'un commerçant qui achète un fonds de commerce et le nom commercial avec celui-ci. Que l'on admette que l'acquéreur pourra faire usage de ce nom sans mentionner sa qualité de successeur, et le tiers, sur la foi de ce nom, pourra croire s'adresser à l'ancien propriétaire, alors qu'en réalité il s'adresse au nouveau. Incontestablement, il est trompé. C'est pour éviter ce résultat qu'en France l'acquéreur est obligé de faire mention de sa qualité de successeur. Ainsi le tiers d'une vigilance moyenne ne se trompera pas sur la véritable personnalité du commerçant qui est à la tête du fonds.

Tel est l'aspect sous lequel se présente le nom commercial; tels sont les principes primordiaux auxquels il doit satisfaire.

CHAPITRE II

Nature juridique du nom civil

Avant d'aborder l'étude de la nature juridique du nom commercial, il paraît indispensable, au point de vue même de la logique, d'étudier la nature juridique du droit au nom civil et c'est ce que nous allons faire présentement. Mais ce n'est pas à dire que nous y soyons abligés par le fait que la nature juridique du nom civil commande celle du nom commercial. Notre souci est, précisément, de bien marquer la différence qui les sépare au point de vue même de leur nature juridique. Disons de suite que telle n'est pas l'opinion de la jurisprudence puisqu'elle reconnaît que le droit au nom commercial et le droit au nom civil sont des droits de propriété, ni celle de certains auteurs qui, refusant à l'un et à l'autre une pareille nature juridique, leur concède une nature propre et sensiblement voisine, sinon identique.

Quelle est donc la nature juridique du droit au nom civil ?

Et d'abord en quoi consiste le droit au nom civil ?

Il consiste dans la faculté d'en jouir, d'en user, d'en tirer tous les avantages qui lui sont pro-

pres et dans celle d'interdire au tiers, par voie d'action, d'usurper ce nom et d'en faire un usage irrégulier.

Cela posé, le droit au nom est-il un droit de propriété ?

Cette opinion est adoptée par la jurisprudence. Outre les termes très significatifs dans lesquels s'expriment des arrêts anciens (16 mars 1841, D.P. 41-1-210 ; Paris, 15 mai 1865, D. P. 66-2-134 et 27 décembre 1893), parmi lesquels on trouve le mot de propriété, on peut citer encore les arrêts rapportés au Dalloz de 1898, 1-142, de 1902-2-174 et ceux plus récents Cass., 25 oct. 1911, S.12-1-95 (2 arrêts) et Rouen 10 nov. 1909, S.12-2-177, note de Perreau.

Voici comment on peut résumer la teneur de ces décisions :

Le nom patronymique fait l'objet d'une propriété. Cette propriété a pour conséquence de donner au titulaire du nom le droit d'interdire à un tiers d'en faire usage sans son autorisation. Cette propriété du nom présente les caractères suivants : Elle est inaliénable, incessible et imprescriptible. Tous ceux à qui appartient le nom sont en droit d'en poursuivre l'usurpation. Le succès de la demande n'est pas subordonnée à la preuve par le demandeur d'un préjudice matériel ou moral.

Cette conception est vivement combattue par la doctrine. On peut même dire qu'aujourd'hui elle n'a plus guère de défenseurs.

Parmi les auteurs qui, il y a quelques années, ont prétendu que le droit au nom était en dernière analyse un droit de propriété, signalons M. Pouillet. C'est son avis que nous allons exprimer ici, d'abord parce que cet auteur a traité très longuement de toutes les questions relatives à la propriété

industrielle, et que nous aurons plus loin à dire son avis sur la nature juridique du nom commercial, ensuite parce que les termes mêmes dans lesquels il s'exprime, nous semblent un admirable point de départ pour critiquer la théorie du droit de propriété que nous ne saurions admettre (1).

« Au point de vue civil, déclare M. Pouillet, on peut dire du nom qu'il est *la propriété la plus absolue, elle est imprescriptible, inaliénable, en dehors de toute spéculation*, telle enfin que la Société ne peut, dans aucun cas, en demander le sacrifice, même dans un but d'utilité publique. S'identifiant avec l'individu dont il résume la personnalité, le nom rappelle le souvenir, la gloire des ancêtres, et *impose* à celui qui le porte, le devoir de le transmettre sans tache à ses enfants. *C'est le seul héritage que l'on ne puisse répudier*. Le fils d'un criminel pas plus qu'un autre n'échappe à cette *nécessité sociale*; celui qui veut changer de nom doit se pourvoir devant le Conseil d'Etat et obtenir une autorisation régulière. »

Nous voulons bien reconnaître que le fait que la société ne peut, dans aucun cas, demander le sacrifice du nom à l'individu, soit l'indice que le droit au nom est un droit très fort. A ce titre, c'est même un droit qui dépasse le droit de propriété puisque, en d'autres matières, nous connaissons des expropriations pour cause d'utilité publique. Mais cette constatation n'a rien qui nous oblige à reconnaître que le droit au nom civil est un droit de propriété. D'autre part, à considérer les termes de M. POUILLET, on pourrait croire qu'il a voulu critiquer la notion qu'il défend.

1) Dans le même sens que M. Pouillet voyez M. Salveton « Le nom en droit Français et en droit Romain » Lyon 1887.

Relevons d'abord cette contradiction flagrante et considérable entre cette affirmation : « *On peut dire du nom qu'il est la propriété la plus absolue* » et « *cette propriété est imprescriptible, inaliénable* ». C'est précisément ce caractère d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité qui nous empêche au premier chef, d'admettre que le droit ou nom puisse s'analyser en un droit de propriété. M. POUILLET va plus loin quand il dit que le fils d'un criminel, pas plus qu'un autre n'échappe à cette « *nécessité sociale* ». Voilà donc une chose dont on aurait la propriété et dont non seulement on ne pourrait tirer profit en l'aliénant, mais encore dont on ne pourrait se débarrasser. Et quant au terme de « *nécessité sociale* », n'est-il pas en contradiction avec l'ensemble de la théorie, n'est-il pas un de ceux qu'il faudra employer quand nous citerons M. PLANIOL qui prétend que le nom est une institution de police civile.

Voici donc, trouvée sous la plume d'un partisan, les deux critiques les plus sérieuses que l'on puisse faire à la théorie du nom considéré comme propriété de l'individu.

Mais quelle va être la conséquence de cette théorie. Le titulaire du nom va pouvoir exercer l'action en revendication et par là interdire aux tiers de porter indûment son propre nom, sans qu'il ait besoin de justifier d'un intérêt pécuniaire ou moral.

C'est du moins ainsi qu'en décide la majeure partie de la jurisprudence, mais il existe des décisions rendues en sens contraire, notamment un arrêt de la Cour de Rennes, du 20 avril 1880. (Dalloz, 80.2.198) ; un jugement du Tribunal de la Seine du 15 février 1882 ; une décision du même Tribunal, du 1^{er} août 1903 (D. 104), et surtout un arrêt de

la Cour de Riom, du 8 janvier 1865, rapporté au Dalloz de 1865, 2^e partie, page 17, et au Sirey de 1867, 2^e partie, page 7.

Cet arrêt a, pour nous, le mérite de refuser au droit au nom la nature du droit de propriété et par là même de déclarer à l'égal des autres décisions, que l'intérêt est la mesure de l'action.. Voici en quels termes il distingue le droit au nom du droit de propriété : « Les membres d'une même famille légitime en possession d'un nom patronymique ont incontestablement une action en justice pour empêcher que le nom soit porté par des personnes qui n'y auraient aucun droit, mais cette action ne saurait avoir le caractère absolu et exclusif de la propriété proprement dite. *En effet, le droit de porter un nom diffère essentiellement de la propriété* et de la possession des biens mobiliers, soit par la nature même du droit, soit par la manière dont il peut s'acquérir ou se perdre. »

Nous n'avons pas l'intention d'accorder à cet arrêt plus d'importance qu'il convient, puisqu'il est à peu près isolé, ancien, et au surplus, n'émane pas de la Cour de Cassation. Mais nous devons le citer et d'autant plus que nous entendons nous prononcer contre la théorie de la jurisprudence à laquelle cet arrêt apporte une contradiction.

A côté du système qui voit dans le droit au nom un droit de propriété, il faut citer celui de M. LABBÉ qui, reprenant une théorie que M. LALLIER a développé (1), fait une distinction entre le droit de propriété tel qu'il est défini par l'article 544 du Code Civil, et le droit au nom qui serait un droit de propriété *sui generis*.

Cette conception de M. LABBÉ est d'autant plus

1) Labbé Note sous Sirey 1884, 2^e partie, p. 21 et Lallier : La propriété des noms et des titres *Paris* 1891.

surprenante (ainsi que l'a très bien fait remarquer M. AUSEHITSKY) (1) que ce juriste distingué reconnaît que la conception de la jurisprudence est erronée et, au surplus, inutile.

Mais, dit-il: « Du moment que le mot propriété n'a plus ici sa signification ordinaire, nous avons devant nous une figure de langage et non la base d'un raisonnement juridique ». A notre avis, la jurisprudence a trop souvent et trop nettement affirmé cette idée du droit de propriété pour qu'on puisse lui prêter cette excuse, d'ailleurs contestable, d'une figure de langage. Il y a là, semble-t-il, une véritable contradiction.

Quant à cette notion de propriété *sui generis*, elle est doublement sujette à caution. Si c'est une manière élégante de résoudre la question, elle ne satisfait pas l'esprit juridique. On n'est pas bien avancé quand on a déclaré que le droit au nom est un droit de propriété *sui generis*. Et puis, comme le fait remarquer M. AUSCHITSKY, il y a une certaine légèreté et une contradiction flagrante à employer de nouveau le terme propriété, fût-ce accouplé à celui bien commode de *sui generis*, alors qu'on vient de déclarer qu'il est impropre quand on parle du droit au nom, lequel revêt dans ses éléments essentiels, imprescriptibilité, incessibilité, une physionomie radicalement différente du droit de propriété. Le correctif *sui generis* ne pourrait être accepté et l'expression ne serait valable que s'il s'agissait d'éléments accessoires.

Mais revenons à la théorie du droit de propriété pure et simple. M. PLANIOL (2) s'est élevé contre cette conception de la jurisprudence. Il apporte à

1) Le nom commercial thèse 1909 p. 18.

2) Planiol et Ripert « Manuel de Droit Civil », Tome I, p. 122.

la critique de cette conception deux arguments : l'un d'ordre théorique, l'autre d'ordre historique.

1° « Le droit de propriété est l'attribution exclusive d'une chose à une personne. L'existence de ce droit suppose que la chose qui en fait l'objet est de telle nature qu'elle ne peut pas appartenir en même temps à plusieurs personnes, tout en profitant pour la totalité à chacune. Or, deux personnes, et même un plus grand nombre, peuvent porter à la fois le même nom et chacune en retirera tous les avantages et commodités que le nom est susceptible de produire. La preuve que la chose est possible, c'est qu'elle est.

2° L'argument d'ordre historique (1) est le suivant. Si l'on met à part le nom féodal, c'est-à-dire le nom d'une terre porté par une personne, l'origine des noms de personne répugne invinciblement à l'idée de propriété. Tous ont été emprunté au fonds commun de la langue et de l'histoire, ce sont des noms de qualité, de profession... (Lebeau, Charpentier, etc...) Si le nom d'une terre porté par une personne a pu conserver pour elle le caractère d'une propriété, comment comprendre le même fait pour les dénominations purement personnelles, telles que Charpentier, Legros, etc.. C'est dans ce nom féodal, qui est somme toute l'exception, que doit être cherchée l'origine de l'erreur de la jurisprudence.

Mais quelle est pour M. PLANIOL, la véritable nature du nom ?

Il n'y aurait pas de droit au nom présentant un caractère spécifique. Le nom serait une institution de police civile, la forme obligatoire de la désigna-

1) Dans le même sens Baudry Lacantinerie et Houcques-Fourcade Traité I, 294 bis XXIII.

tion des personnes. Il ne serait pas plus un objet de propriété que les numéros matricules. Son caractère transmissible par l'hérédité ne prouve pas davantage qu'il soit un objet de propriété et cela parce que la transmission héréditaire du nom *n'est pas l'œuvre de la volonté du père, mais de la loi* qui, pour rendre notoire le fait de la filiation, exige que ce fait soit annoncé par l'identité du nom. Ceci est exclusif de toute idée de propriété.

Les arguments fournis par M. PLANIOL contre la théorie de la propriété du droit au nom ne sont pas, à notre avis, les meilleurs qu'on ait donnés. En tout cas, M. BONNECAZES a repris les critiques faites par le savant auteur à la théorie du droit au nom considéré comme droit de propriété. « L'existence du droit de propriété, déclarent PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, suppose que la chose qui en a fait l'objet ne peut pas appartenir en même temps à plusieurs personnes tout en profitant pour la totalité à chacune. Deux personnes ou même un plus grand nombre, disent-ils, peuvent porter à la fois le même nom et retirer chacune tous les avantages et commodités qu'il comporte. C'est d'ailleurs ce qui arrive en fait, car les mêmes noms se retrouvent partout sous une orthographe un peu différente qui fait qu'on se trompe sur le nom réel. »

« Il est possible, répond M. BONNECAZES, que la nature juridique du droit au nom ne soit pas celle du droit de propriété, mais ce n'est certes pas pour les raisons énoncées, car elles n'excluent pas l'idée de propriété. Il en est du nom ainsi considéré comme de l'indivision forcée et perpétuelle d'où on ne saurait exclure l'idée de propriété sous prétexte qu'en fait ce droit ne peut pas être exercé. Une seule et même chose peut parfaitement être la propriété de plusieurs personnes chacune d'elles pou-

vant en user à titre de propriétaire et de seul maître, si celle-ci s'y prête.

Il en est ainsi en fait du nom. Chacun le porte, en use pour le tout sans nuire aux homonymes (mais sans pouvoir, il est vrai, leur interdire d'en faire de même). La notion de copropriété apparaît lorsque n'importe lequel des homonymes peut interdire à un tiers l'usage de ce nom. »

Ainsi l'argument juridique de M. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER se trouve-t-il sensiblement amoindri.

L'argument historique tel qu'il est présenté par MM. PLANIOL, Ripert et Savatier est aussi critiqué par M. BONNECAZES. « En supposant, dit-il, qu'on admette la thèse de l'origine féodale de la propriété du nom, on ne voit pas en quoi le droit contemporain n'aurait pas pu consacrer cette propriété, abstraction faite de tout vestige féodal. »

MM. BAUDRY LACANTINERIE et HOUQUES FOURCADE ont, de leur côté, développé cet argument historique, mais sous une forme un peu différente. On part toujours de ce principe que, le nom féodal excepté, les noms ont tous été empruntés à un fonds commun où tout le monde a eu le droit de puiser.

Ils indiquent des qualités et des défauts qui ne sont le monopole de personne, d'un lien d'origine dont bien des gens peuvent se réclamer, une profession à laquelle beaucoup sont aptes et pratiquent en fait. L'usage du nom est comparable à celui d'une « res communis » laquelle, par essence, n'est pas susceptible d'appropriation.

M. BONNECAZES trouve la conclusion un peu excessive. « Si, dit-il, il y a eu une période où le choix du patronymique a été absolument libre, cette époque est révolue et la preuve que le droit à l'usage du nom n'est pas comparable au droit à l'usage d'une res communis, c'est qu'on accorde au titulaire du

nom la faculté d'interdire aux tiers d'usurper ce nom. (1)

En définitive, les arguments fournis par MM. PLANIOL et BAUDRY LACANTINERIE ne nous paraissent pas décisifs et en présence de la critique qu'on en a pu faire, nous nous étonnons que le savant auteur n'ait pas attaché plus de prix à cette idée que la notion de droit de propriété est absolument incompatible avec l'idée d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité.

Voyons maintenant la partie positive de la théorie de M. PLANIOL. Dire que le nom est une institution de police civile, qu'il est la forme obligatoire de la dénomination des personnes, cela n'est pas inexact, à coup sûr. Il n'y a rien, dans cette conception qui choque l'esprit juridique. Mais n'est-ce pas une réponse plus commode que satisfaisante ? N'est-ce pas confondre une des qualités du nom avec sa nature juridique ?

La théorie à laquelle nous nous rallions est celle de MM. COLIN et CAPITANT (2). Après avoir insisté sur les qualités d'incessibilité et d'imprescriptibilité du nom qui empêchent que le droit au nom soit un droit de propriété (à notre sens, c'est la critique la plus décisive à la théorie du droit de propriété), voici la théorie qu'ils proposent eux-mêmes. Elle nous paraît la plus complète et la plus juridique.

Tout d'abord il n'y aurait aucun système général et il convient de distinguer :

1° Le nom patronymique, envisagé en soi comme signe distinctif rattachant l'individu à telle ou telle famille doit être considéré comme « le signe exté-

1) *Bonnecazes* : « Supplément au traité théorique et pratique de droit civil, par Baudry Lacantinerie », page 562 et suivantes.

2) *Colin et Capitant* : « Cours élémentaire de droit civil français », 5^e édition, page 360.

rieur distinctif de cet élément de l'état des personnes qui résulte de la filiation ». Pourquoi ? Parce que sauf dans certaines hypothèses exceptionnelles d'attribution administrative, le nom s'acquiert toujours par la filiation et que, dès lors, il s'agit toujours dans les actions relatives au nom, de démontrer que le demandeur se rattache par sa filiation ou par celle de ses ancêtres à un possesseur ségitime du nom contesté.

2° S'agit-il au contraire du prénom, du pseudonyme, du nom du mari ou de la femme, l'action qui protège cette désignation n'est pas une action d'état. « C'est, disent Messieurs COLIN et CAPITANT, la sanction du droit acquis par l'individu, en vertu souvent d'une simple possession prolongée et notoire à défendre sa personnalité, désignée par telle ou telle dénomination, contre telle ou telle dénomination et cela dans telle ou telle sphère déterminée. » Ce sont des droits inhérents à la personnalité de l'homme que l'on peut qualifier *de droits de l'homme ou biens innés*. »

Ce départ entre le nom patronymique et les autres désignations possibles de l'individu a le grand mérite de justifier et d'expliquer les décisions de la jurisprudence, différentes suivant les cas, et qui paraîtraient contradictoires en l'absence d'une telle distinction.

Dans le premier cas (nom patronymique), quel va être la conséquence *d'action d'état* ?

D'abord, elle sera communicative au Ministère Public et soustraite au préliminaire de conciliation.

Et surtout elle va expliquer les solutions de la jurisprudence sur l'incessibilité et l'imprescriptibilité (1) qui sont, nous le rappelons, incompatibles

1) La Cour de Cassation a pourtant admis (Civ. mars 1923 D. 1928 I. 57. Note Savatier) que le silence d'un siècle succédant à

avec la théorie de la propriété du droit au nom admise par cette même jurisprudence.

Qu'il s'agisse maintenant d'un prénom, le choix en est libre et n'a pour limite que l'intérêt des tiers et les règles de la loi de Germinal an XI relatives aux changements de nom ne s'appliquent point : choix et emploi du prénom sont absolument libres, sauf à ne point les employer dans les actes publics (Circ. Minis. 25 mars 1858) où l'individu doit être désigné avec les prénoms portés à son acte de naissance.

Enfin, s'il s'agit d'un surnom ou pseudonyme, les Tribunaux devront apprécier si l'usage que l'individu en fait est suffisamment long pour qu'il soit considéré comme ayant acquis un droit, auquel cas il pourra en défendre la propriété même au regard du titulaire d'un nom patronymique semblable.

Tel est, nous l'avons dit, le système auquel nous nous rallions.

Quelque différent qu'il soit de ceux que nous avons étudiés précédemment, il procède du même principe que le droit au nom patronymique ne saurait être un droit de propriété. En dernière analyse, il s'agit bien au contraire d'un droit de la personnalité. Nous allons voir qu'il en est tout autrement du droit au nom commercial.

une altération du nom dont la mauvaise foi n'est pas encore prouvée la rend définitive. Dans cet arrêt font remarquer MM. Planiol et Ripert (op. cit., p. 129) le mot d'imprescriptibilité paraît abandonné par la Cour de Cassation.

CHAPITRE III

Nature juridique du nom commercial

C'est une idée que nous avons voulu dégager dès le chapitre précédent que la conception admise pour le nom civil ne saurait commander ou seulement faire pressentir la solution que nous pourrions admettre au problème délicat de la nature juridique du droit au nom commercial.

Avant d'aborder l'étude de ce problème, qu'il nous soit permis d'indiquer rapidement les différences qui existent entre le nom civil et le nom commercial, différences sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir en détail, quand nous entendrons démontrer que la nature juridique du droit au nom commercial n'est nullement tributaire de la nature juridique du droit au nom civil.

Tout d'abord, le choix du nom commercial est libre absolument, à cela près que ce choix ne doit pas être préjudiciable à un droit déjà existant, mais n'est-ce pas le sort, en droit, de toute liberté ?

2° Le droit au nom commercial est exclusif. Nul commerçant ne pourra prétendre à un nom commercial qui ressemblerait à un nom déjà connu d'un autre commerçant, au point que les clients de ce dernier puissent croire s'adresser à lui, lors-

que, en fait, ils s'adresseront à celui qui, de bonne ou mauvaise foi, aura fait choix d'un nom semblable.

3° Le nom commercial peut être cédé avec le fonds de commerce à titre gratuit, ou le plus souvent, dans la pratique, à titre onéreux.

4° Enfin, suivant l'opinion générale et suivant celle d'une jurisprudence constante, le nom commercial apparaît comme faisant l'objet d'un droit relatif, inférieur à celui que la jurisprudence reconnaît au nom civil, puisque la revendication en est subordonnée à la preuve du préjudice que peut subir son titulaire, ce préjudice étant laissé à l'appréciation des juges.

Ainsi, il est clair que le droit au nom commercial, se présente avec des caractères nettement différents de ceux du droit au nom civil, différence qui apparaît quant à l'essence même de ces droits.

On comprend dès lors, que notre souci ait été si vif d'éviter, dès l'abord, cette erreur que la nature juridique du nom commercial procède de celle du nom civil, erreur facilitée, parfois, par le simple fait qu'ils se présentent sous une apparence identique. Cette remarque d'ordre un peu banal, mais qui a sa valeur ne nous a certes point aveuglé et empêché d'étudier avec le soin qui convient les arguments que l'on a pu donner en faveur d'une théorie, qui, sans omettre les différences que nous avons signalées, les a quelquefois amoindries au point de les faire apparaître comme accessoires.

Le résultat est évident.

Si ces différences ne sont point essentielles, rien ne s'oppose à ce qu'on adopte la théorie du droit au nom commercial envisagé comme droit de la personnalité. Or, c'est cette théorie que nous entendons combattre.

M. AUCHITSKY (1) qui adopte la conception que nous venons de citer, a fait dans sa thèse une critique détaillée de la théorie du nom commercial envisagé comme droit de propriété. Nous allons énumérer les arguments qu'il fait valoir et nous efforcer de les réfuter.

1° Le nom commercial ne peut faire l'objet d'une véritable aliénation.

Et tout d'abord, dit M. AUCHITSKY, « si l'on examine soigneusement l'acte juridique qui intervient, on voit que le nom commercial se transmet au successeur en *tant qu'élément accessoire du fonds de commerce*; c'est parce que le fonds de commerce constitue un tout indivisible, que dans la cession du fonds de commerce le nom commercial suit le sort du principal et que l'usage en est acquis au cessionnaire. Mais que l'on prenne le nom commercial, abstraction faite du fonds de commerce dont il fait partie, ce nom commercial pris isolément ne peut être l'objet d'une cession séparée. C'est qu'en effet, le nom commercial, dès qu'on le sépare du fonds de commerce dont il fait partie, perd *tous les caractères de valeur pécuniaire* et de patrimonialité pour reprendre les caractères du nom patronymique : il redevient ce qu'est naturellement le nom : une chose hors de commerce et inaliénable. Même si l'on considère le nom commercial avec le fonds de commerce dont il est l'élément, il faut dire qu'il n'y a aucune contradiction à affirmer que, bien que le fonds de commerce soit l'objet d'un droit de propriété, le nom commercial ne constitue point une propriété. Cette idée résulte de la conception de l'universalité juridique au fonds de commerce ». Et plus loin, revenant sur cette affirmation, que le

1) Op. cit. p. 38 et suivantes.

nom commercial ne peut être cédé sans le fonds de commerce : « Quel usage, d'ailleurs, pourrait en faire la personne qui se porterait acquéreur du nom de commerce séparé sans acquérir en même temps le fonds ? *On ne voit guère là qu'un but possible de fraude ou de concurrence déloyale.* »

Avant d'aller plus loin, reprenons cette critique point par point. Elle contient, à notre avis, des erreurs graves, que nous allons essayer de mettre en évidence.

Remarquons d'abord que l'expression : *élément accessoire* est malencontreuse.

Que le nom commercial ne soit qu'un élément du fonds de commerce, nous voulons bien l'admettre; mais que ce soit un élément accessoire, non pas ! Bien au contraire, c'est souvent un des principaux éléments, car pour des raisons que nous avons données et qui n'échappent à personne, celui qui acquiert le nom commercial acquiert du même coup la clientèle.

Ensuite, et c'est une critique qui intéresse de plus près la présente discussion, s'il est vrai que le nom commercial ne peut être l'objet d'une cession séparée, il est absolument inexact que séparé du fonds de commerce dont il fait partie, le nom commercial *perde tous les caractères de valeur pécuniaire*. La preuve en est que même dans ces conditions, il trouverait acquéreur et nous verrons tout à l'heure dans quelles conditions.

Par contre, nous venons de le dire, il est exact que, dans l'état actuel de notre législation, le droit au nom commercial ne puisse être cédé isolément. Mais ce n'est pas la même chose.

D'où vient que le nom commercial ne peut être cédé séparément ?

Monsieur AUSCHITSKY le fait très justement remarquer, cela résulte de la conception de l'universalité juridique du fonds de commerce. Mais, du fait que l'un des éléments ne peut être cédé séparément, peut-on induire qu'il ne peut faire l'objet d'un droit de propriété ? « Il n'y a aucune contradiction, dit M. AUSCHITSKY, à dire que « bien que le fonds de commerce soit l'objet d'un droit de propriété, le nom commercial ne constitue point un droit de propriété ». Oui, il y a contradiction. On ne peut pas concevoir qu'une chose puisse faire l'objet d'un droit de propriété si l'un des éléments de cette chose n'est pas susceptible d'un tel droit.

Si, dans l'état actuel de notre législation, le nom commercial ne peut être cédé indépendamment du fonds, cela tient, d'abord, à la conception de l'universalité du fonds de commerce; mais cela résulte également de ce fait, qu'une pareille cession aboutirait presque toujours à la concurrence déloyale.

Dire que le nom commercial ne peut pas, dans certaines conditions, être cédé, cela est vrai, mais, à ce moment la question est simplement posée de savoir si ces conditions découlent du principe, de l'essence du droit de propriété. Or, en l'espèce, ces conditions lui sont étrangères, extérieures. Ces restrictions apportées à la faculté d'aliénation n'excluent pas l'idée de propriété, comme elles ne l'excluent pas pour d'autres biens dont on a la propriété, et que néanmoins l'on ne peut aliéner pour des raisons d'ordre extérieur, parfois d'ordre public.

Poursuivons : le droit au nom commercial n'est ni exclusif, ni absolu.

Remarquons seulement que s'il est absolu, la question ne se pose pas de savoir s'il est exclusif. « S'il est vrai, dit M. AUSCHITSKY, comme on le fait

remarquer, que les commerçants homonymes qui font le commerce sous un même nom ont le devoir, tout en conservant l'usage simultané de leur nom patronymique, de se distinguer les uns des autres par l'adjonction de certaines mentions destinées à éviter entre eux la confusion, *il n'y a là pour eux qu'un droit purement relatif* : le droit qu'a un commerçant qu'un homonyme différencie son nom du sien au moyen d'une adjonction; et ce droit est subordonné par la jurisprudence à la possibilité d'une confusion pouvant se produire dans un même public et pouvant causer un préjudice. »

Il est vrai, et nous y reviendrons au cours de cette étude, que l'intérêt ou mieux le préjudice est la mesure de l'action en justice pour interdire à un tiers de se servir d'un nom qui prêterait à confusion et dont ce dernier aurait fait usage dans le commerce, postérieurement.

Mais on aurait tort d'en conclure que le droit au nom commercial est un droit relatif.

Nous devons reconnaître que la jurisprudence s'exprime en des termes qui donnent beau jeu aux adversaires du droit de propriété. « La propriété d'une enseigne, dit la Chambre des requêtes, dans ses arrêts des 20 et 21 février 1888, est une propriété *relative* limitée par l'intérêt sérieux et réel du négociant qui se l'est appropriée. Elle trouve sa protection dans le principe général inscrit en l'art. 1382. Dès lors le premier créateur de l'enseigne ne peut utilement se plaindre qu'autant qu'il résulte pour lui de cette nouvelle appropriation un dommage quelconque.

Qu'on remarque d'abord que l'arrêt dit propriété relative et non droit relatif.

Ensuite, et c'est là notre argument principal avec la jurisprudence et aussi la doctrine, exiger la

preuve du préjudice, pour interdire l'emploi du nom commercial prêtant à confusion, ce n'est pas dire que le droit au nom commercial est un droit relatif.

Qu'est-ce que le nom commercial ? C'est la dénomination qui, par un rayonnement, *qui peut être plus ou moins grand suivant le moment auquel on l'apprécie*, attire, groupe et maintient autour de l'établissement qu'il désigne une clientèle qui s'engage sur la foi de cette dénomination. La dénomination sans le rayonnement qu'elle comporte ce n'est pas le nom commercial, ce n'est rien qu'une dénomination, ou tout au moins ce n'est pas la notion complète du nom commercial. On n'est en présence de deux noms semblables que lorsque par la ressemblance matérielle, en même temps que par le rayonnement semblable, ils peuvent être confondus.

Alors, seulement, le fait par le concurrent d'adopter ce nom devient une atteinte au droit de propriété, parce qu'alors seulement il y a appréhension de quelque chose appartenant à autrui. Mais, que j'adopte le nom sous lequel vous même faites le commerce, et que ce nom n'aie pas pour moi (parce que mon commerce est différent ou parce que mon établissement n'est pas dans votre champ d'action), le résultat d'orienter la clientèle vers mon établissement, je ne vous ai pas pris votre nom commercial. Nos établissements ont seulement une désignation semblable par l'orthographe ou la consonnance.

Voilà pourquoi il faut établir la confusion et le préjudice. En exigeant cela, la jurisprudence exige indirectement que le demandeur établisse que c'était bien sa chose qu'on lui prenait peu ou prou. Cette preuve faite, elle ordonnera à l'auteur de

l'usurpation de la délaissier. L'action peut dès lors être analysée comme une action en revendication. Il n'y a pas besoin de faire intervenir l'art. 1382 qui ne sera nécessaire que pour justifier l'attribution de dommages-intérêts pour dommage causé à autrui, comme cela peut se présenter pour d'autres actions en revendication.

Veut-on une autre justification de la circonspection de la jurisprudence en matière d'interdiction de noms homonymes, justification qui soit étrangère au principe invoqué de droit relatif subordonné à un préjudice et sanctionné par l'art. 1382?

C'est qu'il est un principe général dans l'état actuel du droit français en matière de nom commercial, c'est que le choix du nom est libre. Or, permettre à un individu d'interdire à quiconque l'usage d'une dénomination pour la raison qu'il en est le premier titulaire, ce serait restreindre considérablement la portée du principe de liberté. Or, ce principe de liberté qui est l'expression du souci qu'a la législation française de l'intérêt du commerçant ne peut fléchir que devant un principe d'ordre égal ou supérieur.

Il n'y sera apporté de restriction, et dans ce cas cette restriction sera justifiée, que pour empêcher cette trop grande liberté de choix de préjudicier aux intérêts des concurrents déjà établis et aussi des clients qui peuvent avoir intérêt à ne pas être trompés. Mais, permettre à un individu titulaire d'un nom, d'empêcher sans qu'il justifie d'un intérêt qu'un autre commerçant fasse le commerce sous le même nom, c'est-à-dire d'exercer un droit, ce serait aboutir à un abus du droit.

Cette explication a le mérite d'éviter l'apparente contradiction que l'on peut relever dans les arrêts de la jurisprudence, laquelle déclare que

le droit de propriété au nom civil est absolu, qu'il n'est pas besoin de faire la preuve du préjudice. Au contraire, pour le nom commercial, elle exige la preuve du préjudice pouvant résulter de la confusion, solution choquante au premier abord puisque chacun reconnaît que la théorie du droit de propriété du nom commercial soulève, à coup sûr, moins d'objections que celle du droit de propriété du nom civil.

En effet, le choix du nom civil n'est pas libre à l'égal de celui du nom commercial. A quelques rares exceptions près, il est imposé. Dès lors, on comprend que la jurisprudence n'ait pas à se soucier du point de savoir si en reconnaissant le droit exclusif d'un individu sur le nom, elle va restreindre la liberté du choix pour les autres. Elle pourra donc, sans crainte de ce côté, reconnaître un droit exclusif au titulaire du nom. Au contraire, quand il s'agit du nom commercial. Interdire une dénomination simplement parce qu'un autre en est déjà titulaire, c'est restreindre la liberté du choix du nom et cela inutilement si l'emploi de ce nom n'est pas susceptible de porter préjudice au premier titulaire.

D'ailleurs, empressons-nous de faire remarquer que si nous entendons justifier la logique de la jurisprudence à *cet endroit*, et dire, qu'au point de vue au moins du nom commercial, sa façon de juger peut être approuvée, nous ne voulons, par là, diminuer en rien les autres contradictions que l'on peut relever dans ses décisions et sur lesquelles nous-mêmes avons eu l'occasion d'insister. Les considérations qui précèdent n'ont pour but que d'expliquer l'apparente anomalie qu'il y a à traiter le droit au nom commercial avec plus de sévérité ou tout au moins de circonspection que le droit au

nom civil, alors qu'il est plus facile pour ce dernier de prouver qu'il est un véritable droit de propriété.

Ainsi avons-nous écarté des critiques sérieuses qui, aux yeux de certains, ont pu paraître décisives. Nous avons montré qu'elles ne l'étaient point. Restent encore à dissiper quelques doutes sur la véritable nature juridique qu'il convient d'attribuer au droit au nom commercial.

Contre le droit au nom commercial envisagé comme droit de propriété, on a encore invoqué (1) : 1° « Que le cédant peut, dans certains cas, exiger du cessionnaire le retrait de son nom *patronymique*, fonctionnant comme firme de la maison de commerce, pour soustraire l'honorabilité de ce nom aux chances de la spéculation ou au déshonneur d'une faillite. »

Le fait invoqué est exact. Mais, à cet argument, la réponse est facile. Comme nous l'avons souligné, il ne s'agit que du nom *patronymique*. Or, si nous prétendons que le droit au nom commercial est un véritable droit de propriété, nous rappelons que nous n'avons pas adopté la même solution en ce qui concerne le nom *patronymique*;

2° « Il n'y a point de véritable aliénation du nom commercial. Au bout d'un temps plus ou moins long, dont l'appréciation est laissée aux tribunaux et qui correspond au moment où la clientèle se trouve définitivement réunie entre les mains du successeur, le nom commercial au lieu de demeurer acquis d'une façon incommutable et à perpétuité au cessionnaire du fonds de commerce, doit être, surtout lorsqu'il s'agit du nom *patronymique*, enlevé au successeur, de façon à demeurer exclusivement sur la tête de la personne du cédant qui s'est retiré du commerce.

1) Auschitsky op. cit. p. 50.

Remarquons d'abord qu'un pareil argument est périmé depuis le fameux arrêt HEIDSIECK KUNKELLMANN (1) qui s'est prononcé contre cette idée, que le nom commercial n'était transmis que pour le temps nécessaire à battre le rappel de la clientèle, temps qui devait être laissé à l'appréciation des Tribunaux. On peut dire que cet arrêt a anéanti la portée de la jurisprudence antérieure, laquelle d'ailleurs est injustifiable, et cela pour deux raisons notamment :

1° Parce que l'intérêt du nom commercial doit être précisément de laisser apparaître « sous le changement des exploitants qui passent, la permanence des établissements qui demeure ».

2° Parce qu'il y aurait une difficulté pratique considérable à apprécier le moment où le rappel de la clientèle est définitivement accompli et où dès lors il est impossible d'interdire au cédant de se servir, dans l'avenir, du nom du cessionnaire.

Cette réserve de la jurisprudence à admettre l'aliénabilité du nom commercial était due, semble-t-il, à ce fait que l'indépendance juridique du nom commercial par rapport au nom patronymique n'était pas reconnue d'une façon assez tranchée à cette époque (2). De là, une certaine gêne pour la jurisprudence, en raison de la notion d'inaliénabilité du nom patronymique.

Désormais la jurisprudence semble abandonner, et avec raison, cette notion de transmission temporaire; depuis le fameux arrêt HEIDSIECK, nous pouvons citer, et dans le même sens : Paris 22 dé-

1) Ch. des Requêtes 3 février 1909 Sirey 1909 I. 481 et Note de MM. Lyon-Caen

2) Le départ très net entre la nature du nom patronymique et celle du nom commercial a été fait par M. Thaller. Note sous Cassation Dalloz 1907-2-201 (Rég. 3 février 1909 précité).

cembre 1920 (Sirey, 1921, 2-31); Trib. Civil Seine, 23 juillet 1924 (Journal des Sociétés, 1928, p. 158); Montpellier, 14 mai 1925 (D. H., 1925, 477).

Enfin, pour affirmer que la tendance est de plus en plus à la transmission perpétuelle de la firme, signalons un projet de la Société d'études législatives, tendant : 1° à la transmission perpétuelle; 2° à la disparition de l'obligation de la mention successeur; 3° à la transmission de la signature elle-même (1).

Ainsi, voilà un argument que l'évolution des idées, en ce qui touche la transmission du nom commercial, a, aujourd'hui, à peu près anéanti. Mais nous prétendons que même à l'époque où il a été formulé, il était fort discutable.

D'abord, nous l'avons fait remarquer, si la jurisprudence de cette époque admettait pour le cédant la possibilité de reprendre son nom, une fois le rappel de la clientèle battu, c'est parce qu'elle était influencée à tort, par la notion d'inaliénabilité du nom patronymique. Cela une fois reconnu que la nature de l'un ne devait pas faire présumer de l'autre, sa latitude à admettre l'aliénation sans réserve au profit du cédant devenait sensiblement plus grande. Mais elle ne devenait pas absolue.

Et voici pourquoi :

L'intérêt du cédant et celui du cessionnaire ne sont pas, en l'espèce, les seuls qui soient en jeu. Reste à prendre en considération celui des tiers. C'est, eu égard à cet intérêt, que la jurisprudence n'a jamais admis que le cessionnaire de la firme en fasse usage sans mentionner sa qualité de successeur. Dans l'état actuel du droit français, et sauf le succès possible du projet de la commission d'étu-

1) Bulletin de la Société d'études législatives 1927, n° 2,

des de la Société d'études législatives, le cessionnaire n'a pas droit à la signature et il n'a droit au nom que dans la mesure où apparaît sa qualité de successeur.

Mais, à notre avis, on ne saurait en tirer argument contre la théorie de la propriété du nom commercial.

Quand on étudie un système comme le système allemand où la transmission de la firme ne rencontre aucun obstacle, où elle est absolue, voici la constatation que l'on peut faire : Dans un conflit où étaient en jeu l'intérêt incontestable du commerçant à pouvoir désigner sans réserve l'établissement qu'il a acquis de nom de son prédécesseur, et l'intérêt des tiers à ne pas être trompés sur la véritable personnalité du commerçant, le législateur allemand a fait la part trop belle au commerçant (1). C'est pour éviter cette solution injuste que le législateur français oblige le cessionnaire à faire figurer sa qualité de successeur.

Mais il n'y a pas là une entrave à l'aliénabilité du nom commercial ; on ne saurait y voir qu'une sage précaution, prise en vertu d'un principe d'ordre général. On peut donc, à notre avis, considérer le droit au nom commercial comme aliénable. A l'inverse du nom patronymique, c'est un droit dont on peut se défaire sans retour au profit d'un autre.

A l'appui de cette opinion, citons cet arrêt de la Cour de Paris du 22 décembre 1920 (2) dont voici l'expression :

« Si la propriété du nom patronymique est absolue, imprescriptible et inaliénable, l'usage du nom

1) Dans ce sens *Oudinot*, *Annales de Droit Commercial* 1912.
« *De la transmission de la firme en droit allemand comparé à la cession du nom commercial en droit français* », pages 259 à 359.

2) *Sirey* 1921-2-31.

commercial peut au contraire être valablement cédé soit à un tiers, soit à une société et cette cession est licite, le nom étant alors envisagé comme l'accessoire d'une maison de commerce. Spécialement est licite la clause d'un acte de société par lequel un commerçant en faisant divers apports à une société s'est interdit à l'avenir de donner son nom à toute industrie similaire en France ou à l'étranger.

Vainement, il serait soutenu que cette stipulation est entachée de nullité comme contraire à la liberté du commerce et aux dispositions d'ordre public des art. 1133 et 1180 C. C.; *en effet, l'interdiction pour le cédant de faire usage de son nom dans une industrie similaire, si elle est absolue dans le temps et dans l'espace, est strictement limitée quant à son objet et vise uniquement l'usage de ce nom dans une industrie similaire.* Elle laisse au cédant le droit de se servir de son nom dans tout autre commerce et dans toute autre industrie.

Nous pouvons encore citer dans ce sens un jugement du Tribunal Civil de la Seine qu'on trouvera rapporté au « Journal des Sociétés » de 1925, p. 658, et à la « Gazette des Tribunaux », numéro des 11-12 mars 1926 : Un commerçant qui apporte son fonds de commerce à une Société en formation peut s'interdire de donner son nom à une industrie similaire; *il n'est pas nécessaire que l'interdiction soit limitée dans le temps et dans l'espace; il suffit qu'elle le soit quant à son objet.*

De ces deux décisions, il résulte que la jurisprudence ne voit qu'une limite à l'aliénabilité du nom commercial ? Il ne faut pas que cette aliénabilité soit équivalente à une interdiction totale de faire le commerce, ce qui serait effectivement contraire

à un principe d'ordre public sur la portée duquel nous aurons l'occasion d'insister plus loin.

Mais en dehors de cette réserve, nous croyons avoir démontré que contrairement à ce qu'on a prétendu, le nom commercial est parfaitement aliénable.

Reste une dernière critique apportée à la théorie du droit de propriété du nom commercial.

Ce droit, a-t-on prétendu, est imprescriptible. Cette affirmation est inexacte. On peut considérer que le nom commercial peut être l'objet aussi bien de la prescription extinctive que de la prescription acquisitive.

Il y a des dénominations qui sont depuis longtemps tombées dans le domaine public. Bien que les titulaires d'un nom aient eu, en leur temps, un droit exclusif au premier chef, puisque certains avaient pris un brevet pour l'invention à laquelle ils avaient donné leur nom, leurs descendants ne s'aviseraient plus de réclamer l'usage exclusif de ce nom. Et s'ils s'en avisaient, ils n'auraient pas gain de cause.

Mais il y a plus : le 18 février 1904, la Cour de Paris décidait que le nom commercial est susceptible de faire l'objet d'une prescription acquisitive (1). Elle décidait que l'établissement commercial qui, pendant trente ans, et dans les conditions de l'art. 2229 CC. a eu la possession d'une marque nominale, non tombée dans le domaine public, pour désigner un produit déterminé a, en vertu des règles de la prescription acquisitive, le droit de l'exploiter par préférence à tous autres, sans qu'il ait à démontrer qu'une cession lui en a été effectivement faite. (Code Civil 2-229, 2-262.)

1) D. P. 1907-2-201 et note de M. Thaller.

Enfin, ce n'est pas au moment où la notion d'imprescriptibilité du nom patronymique vient elle-même de fléchir qu'on pourrait affirmer que le droit au nom commercial ne peut pas, soit s'acquérir, soit se perdre par prescription. En effet, nous avons déjà cité cet arrêt de la Cour de Cassation (Civ. 6 mars 1923, D. 1923 1-57) qui admet que le silence d'un siècle succédant à une altération de nom dont la mauvaise foi n'est pas prouvée, la rend définitive. Sans doute, n'est-ce point là une prescription dont les contours sont aussi nets que celle prévue en l'article 2562. Mais comment ne pourrait-on tenir compte de ce que la jurisprudence a admis une prescription, fut-elle centenaire, du nom patronymique quand il s'agit de se demander si le nom commercial est susceptible de prescription. Celui-ci, en effet, à l'encontre du nom patronymique, ne saurait entrer dans la catégorie des choses qui sont hors du commerce aux termes de l'art. 2226 du Code Civil. Aussi pensons-nous que la décision adoptée par l'arrêt Pelletier qui, pour la première fois, a admis la prescriptibilité du nom, est parfaitement légitime et conforme aux principes édictés par la loi en matière de prescription. Cet arrêt fut d'ailleurs commenté favorablement par Monsieur THALLER dans une note rapportée au Dalloz de 1907, 2^e partie, page 201.

Ainsi il semble que nous ayons eu raison de toutes les critiques qu'on avait cru pouvoir faire à la théorie du droit au nom commercial envisagé comme droit de propriété. Après avoir procédé par analyse, après avoir dissocié pour les critiquer les arguments donnés en faveur de la théorie de la personnalité, nous allons maintenant construire notre théorie du droit de propriété en employant, dans une manière de synthèse, tous les éléments que nous venons de passer en revue.

Le titulaire du nom commercial a sur ce nom un droit qui équivaut au droit de propriété.

En effet,

Ce droit est dans le patrimoine du commerçant, il est un des éléments, parfois le plus important, du fonds de commerce. Personne ne peut en faire usage en dehors d'une autorisation ou d'une cession de celui à qui il appartient. Il fait partie de l'actif de la succession du commerçant.

En même temps que le fonds de commerce, il peut être cédé à titre onéreux ou à titre gratuit. Si dans l'état actuel de notre droit, le nom commercial ne peut être cédé sans le fonds, c'est parce que dans ce cas il ne saurait être le plus souvent question que d'un but de fraude, qu'en tout cas une pareille cession serait préjudiciable aux tiers et que partant elle doit être interdite.

Si, malgré la cession, le cessionnaire doit faire mention de son nom véritable, c'est encore dans l'intérêt des tiers bien plus que dans l'intérêt du cédant.

Enfin le nom commercial est prescriptible puisqu'on admet qu'il tombe dans le domaine public, puisqu'on a démontré qu'il pouvait faire l'objet d'une prescription acquisitive.

Ainsi, au cours des chapitres qui précèdent, il est apparu que dans la conception française, cette matière était régie par deux grands principes dont à aucun moment il ne faut perdre de vue l'importance respective.

Ces principes, ils se rencontrent parfois, ils se limitent, ils se corrigent. Redisons-les.

Le premier est que *tout* commerçant est libre d'exercer sa profession, d'exploiter un établisse-

ment, sous la dénomination qui lui plaît, qu'il peut choisir à son gré, à sa fantaisie.

Le deuxième est que cette liberté est limitée par le droit déjà existant d'un concurrent sur un nom qui lui vaut une clientèle déterminée et dont par l'usurpation ou la confusion, le commerçant qui adopterait ce nom lui ravirait illicitement tout ou partie; que le respect du droit acquis du concurrent n'est pas la seule limite à la liberté ou fantaisie du concurrent, que cette liberté aura pour limite l'intérêt des tiers, chaque fois que ceux-ci, faisant preuve d'une vigilance ordinaire, pourront être induits en erreur par une dénomination.

C'est pour avoir perdu de vue, non pas ce dernier principe lui-même, mais l'importance qu'il avait et l'influence qu'il exerçait sur la conception du nom commercial dans la jurisprudence française, que bien des conséquences de cette conception ont pu paraître inexplicables. Notamment l'esprit de certaines décisions a pu paraître, de ce fait, incompatible avec la théorie de la propriété du nom commercial.

Mais, croyons-nous, si importante que soit cette raison, ce n'est pas la seule qui ait empêché d'admettre cette notion de droit de propriété. Il semble que cette répulsion soit la conséquence d'une erreur d'ordre plus général, et à la vérité plus grave. C'est que le droit de propriété est un droit absolu et que tout droit qui n'est pas absolu ne peut être un droit de propriété.

Or, si l'on peut dire que le droit de propriété est le plus absolu des droits, on ne peut pas dire qu'il soit un droit absolu. Il n'y a pas de droit absolu. La morale qui est d'ailleurs une des sources du droit, a déteint sur le droit strict et elle le limite. Il n'en faut pour preuve que les termes d'abus des

droits, qui deviennent courants en même temps que la conception qu'ils représentent s'accrédite de plus en plus (1). Le droit de propriété si absolu qu'il soit, a aussi ses limites et il en est du droit à la propriété du nom commercial comme de tout autre.

Un droit peut donc être défini droit de propriété en ce qu'il soit absolu. L'esprit juridique peut seulement exiger, avant de consentir à le juger tel, que les limites qui sont apportées à l'exercice de ce droit, ne procèdent pas de son essence même. Et c'est ce que nous croyons avoir démontré.

Enfin quelles que soient les limites du droit à la propriété du nom commercial, il n'en reste pas moins qu'il peut être créé, acquis, transmis et qu'il doit être protégé.

1) Art. 544 in fine.

DEUXIÈME PARTIE

**LA PROTECTION
DU NOM COMMERCIAL
EN DROIT FRANÇAIS**

Lorsque l'activité commerciale d'un individu s'est manifestée sous une quelconque désignation devenue son nom commercial, nous avons vu que ce nom devient bientôt le substitut de sa personnalité et de son exploitation commerciale. Dans l'esprit du public toute marchandise battant ce pavillon est considérée comme vendue par ce commerçant, comme émanant de cet établissement. Or, il arrive souvent qu'une telle marchandise soit considérée par la clientèle comme meilleure que d'autres marchandises similaires, à tort ou à raison, il n'importe. Elle sera achetée de préférence et chez le commerçant qui en a fourni l'échantillon. On la réclamera sous son nom, dans les magasins qui portent ce nom. Qu'un commerçant concurrent s'avise d'exercer le commerce sous un nom semblable, il va être facile de faire naître la confusion dans l'esprit du client moyennement vigilant. Si le concurrent est particulièrement habile, il arrivera à abuser la plus grande partie de la clientèle. A ce qu'il n'en soit pas ainsi le premier commerçant a des intérêts multiples dont le premier et le plus considérable est de ne pas voir la clientèle acquise par le longs efforts, et quelquefois de lourds sacrifices, aller à un autre, sur la foi d'un nom trompeur. Non seulement il peut craindre que, croyant acheter ses produits, le client achète ceux de son concurrent et lui fasse perdre ainsi le bénéfice qui lui est destiné, mais encore il peut redouter que sa réputation souffre de la qualité des produits écoulés par son concurrent. Bref, il faut que cette confusion cesse puisqu'elle lui est dommageable. Puisque c'est sa désignation qui le

distingue des autres commerçants, qu'il a intérêt à en être distingué, que c'en est fait de cette distinction : s'il n'est plus seul à faire un commerce déterminé sous cette désignation, il faut assurer la protection du droit qu'il a à l'employer et à l'employer seul.

Cela étant acquis, il n'est pas douteux qu'aucune législation ne pouvait laisser ce droit sans défense, et, en fait, toutes les législations se sont préoccupé d'en assurer la protection.

Supposons qu'un commerçant se voie enlever une partie de sa clientèle par le procédé que nous signalions tout à l'heure. Un pareil acte est réprimé d'une façon ou d'une autre ; l'efficacité de la répression est plus ou moins grande, mais enfin il est réprimé. L'exemple, de cette répression peut être salutaire, il peut attirer l'attention de ceux qui auraient péché par ignorance, il peut faire hésiter le concurrent de mauvaise foi. Néanmoins, quelque effet que puisse avoir la sanction, il va sans dire qu'il sera de nouveau commis des actes analogues à ceux qui viennent d'être réprimés. Le concurrent déloyal surtout, qui espère réaliser un bénéfice facile et immérité, acceptera d'encourir le risque de la répression. Il en est ainsi de toutes les peines et de tous les coupables. D'autre part, en admettant que le dommage causé au premier titulaire du nom soit compensé par la condamnation de celui qui a causé le préjudice, il va sans dire qu'il vaudrait mieux qu'il n'ait point existé.

C'est ainsi qu'on est amené à concevoir non plus des mesures destinées à réparer le dommage subi, mais à empêcher qu'il se produise. Qu'un acte ne soit pas accompli et la question ne se posera pas d'en réprimer les conséquences préjudiciables. La conception est séduisante. Comment la réaliser ?

Il est une institution qui existe dans presque tous les pays : c'est le registre du commerce.

En Allemagne et en Suisse (1) notamment, le Registre du Commerce existe depuis longtemps. Il joue un rôle considérable et précisément en ce qui concerne la protection du nom commercial. En effet, c'est par le registre du commerce que ces législations ont cherché à réaliser les moyens préventifs de protection dont nous citions tout à l'heure les avantages possibles. Nous verrons plus loin le détail de son fonctionnement. Mais nous devons d'ores et déjà en indiquer le principe.

Supposons qu'un commerçant crée un commerce et qu'il choisisse une dénomination. Peu importe, pour le moment, que ce choix ne soit pas libre dans tous les cas. Ce commerçant disons-nous exerce le commerce sous un nom commercial déterminé. Ce nom, il peut l'inscrire au registre du commerce et, en fait, en raison des avantages qui sont attachés à pareil enregistrement, ou même en vertu d'une obligation, le nom sera inscrit. La date de l'inscription est une date certaine. Ce qui est vrai de la création du fonds de commerce est vrai de son acquisition.

Supposons maintenant qu'un deuxième commerçant se présente devant le fonctionnaire chargé de rédiger l'inscription. Dans la législation suisse comme dans la législation allemande, le préposé au registre a le droit de refuser d'inscrire la firme du requérant (sous réserve d'un recours de ce dernier), et c'est précisément ce qu'il devra faire chaque fois que la firme, dont l'enregistrement est requis, est susceptible d'être confondue avec une firme déjà existante, existence constatée par le registre du commerce. Dans ce cas qui est le plus simple, et, si l'on suppose que le préposé au registre remplit judicieusement son office, la con-

1) Code de commerce allemand de 1897. Code fédéral des obligations du 14 juin 1881.

fusion entre les deux firmes ne sera jamais possible, car le deuxième commerçant devra modifier sa firme, s'il veut qu'elle soit inscrite au registre du commerce et, comme telle, susceptible de profiter à son tour des avantages qui sont attachés à cette inscription, notamment : la protection. Le registre du commerce joue ici le rôle d'un *crible* en deçà duquel devront rester toutes les firmes susceptibles d'être confondues avec des firmes déjà inscrites.

Que l'efficacité du système ne soit point parfaite et que son fonctionnement ne soit pas toujours très simple, c'est ce que nous verrons plus loin. La question est seulement, ici, de savoir si la législation française possède une pareille institution susceptible de rendre de pareils services.

La loi de 1919, complétée par la loi du 26 juin 1920, a institué en France le registre du commerce. Il est destiné à assurer la publicité de nombreux actes de la vie du commerçant, et c'est un rôle qui lui est dévolu dans toutes les législations. Mais le législateur français de 1919 n'a pas cru devoir lui assigner des fonctions analogues à celles qu'il remplit dans d'autres législations, relativement à la protection du nom commercial. Il n'en est pas de même, et nous le verrons tout à l'heure, du registre de commerce marocain qui d'ailleurs fut créé avant le registre du commerce français.

Il n'y a donc, en France, aucun moyen de prévoir l'atteinte au nom commercial. Restent les moyens de répression.

Quels pouvaient être ces moyens ?

Celui qui porte atteinte au nom commercial peut tomber sous le coup de la loi pénale, sans préjudice des dommages-intérêts destinés à réparer le dommage causé, auxquels il pourra être condamné en vertu du principe général d'équité contenu dans l'article 1382.

Ou bien, en l'absence de loi pénale, il encourra simplement cette dernière condamnation.

En France, il existe bien une loi pénale, loi de 1824, mais les conditions qui doivent être remplies pour tomber sous le coup de cette loi sont telles, que, dans la pratique, elle ne protégera que les noms du *fabricant* et non celui du *commerçant*, à moins que ce dernier ne réunisse les deux qualités. Encore, le nom du fabricant ne sera-t-il protégé que si l'usurpation en a été faite et dans une forme déterminée. Aussi, l'importance pratique de cette loi est peu considérable.

A l'exemple de certaines législations étrangères, Allemagne, Suisse, Pologne, etc... la France eut pu, et certains auteurs le réclament, édicter une loi sur la concurrence déloyale. Elle avait le choix entre une loi énumérant restrictivement les cas de concurrence déloyale, ou bien posant le principe général de la concurrence déloyale.

Le législateur Français n'a adopté aucune de ces solutions. La France est ainsi parmi les pays qui n'ont aucune disposition spéciale relative à la concurrence déloyale, alors que, dans beaucoup de pays, de telles lois viennent d'apparaître (1).

L'état actuel du droit français relativement au droit commercial est donc le suivant :

Le registre du commerce en France, sinon au Maroc, n'est pas destiné à protéger le nom commercial et, en fait, il ne le protège pas.

1) Autriche. Loi du 26 septembre 1923 « Propriété Industrielle », de Berne, numéro de janvier 1924, page 3. — Hongrie. Loi de 1923 « Propriété Industrielle », de Berne, janvier 1925, page 4. — Norvège. Loi du 7 juillet 1922 « Propriété Industrielle », Berne 1924, page 40. — Pays-Bas. Loi du 5 juillet 1921 « Propriété Industrielle » de Berne, novembre 1924, page 220. — Pologne. Loi du 2 août 1926 « Propriété Industrielle » de Berne, numéros de janvier et d'avril 1927, pages 8 et 64 et Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1927, article de M. Roman Kuratowski.

La loi de 1824 ne protège que le nom du *fabricant* et encore sous certaines conditions.

Il n'y a pas de loi sur la concurrence déloyale.

La jurisprudence devra donc assurer la tâche tout entière de la protection du nom commercial. A cet effet elle ne dispose que de l'article 1382 qui a pu ainsi être appelé le « providentiel article 1382 ».

TITRE I^{er}. — Etude des dispositions législatives.

CHAPITRE PREMIER

Rôle du registre du commerce en France et au Maroc (*Loi de 1919 et dahir de 1918*).

En France, le rôle du registre du commerce n'est pas, nous l'avons dit, d'assurer la protection du nom commercial., Cependant, il n'est pas inutile de consacrer un chapitre à son endroit, d'autant que s'il est en France de création récente, il existe au Maroc, protectorat Français, depuis 1913, et contribue à assurer la protection du nom commercial.

Sans doute, notre intention n'est-elle pas de faire de cette institution une étude approfondie et détaillée qui, au surplus, a été faite dans d'autres ouvrages (1).

Mais cette institution de création récente était attendue depuis si longtemps, on avait fondé sur elle tant d'espairs qui n'ont pas été réalisés, qu'il faut au moins dire de quelle nature étaient ces espairs, dans quelle mesure ils ont été déçus et pourquoi.

1) Lengereau. Le registre du commerce. Thèse, Paris 1924.

Car, pour beaucoup de ceux qui depuis quarante ans réclament cette institution, elle symbolisait le moyen d'assurer la transmission du nom commercial et sa protection. A l'heure actuelle, il n'est pas rare que le législateur soit critiqué d'en avoir fait un pur instrument de publicité (1). Il y a donc un intérêt qui ne peut échapper au point de vue de l'étude même de la protection du nom commercial, à donner un aperçu rétrospectif du mouvement qui a abouti à l'institution du Registre du Commerce en France. Ainsi pourrons-nous mesurer ce qui le sépare, dans son état actuel, de l'institution telle que certains l'auraient désirée. Ce qu'ayant fait nous montrerons, en étudiant le Registre du Commerce Marocain, quel fût le domaine de ce dernier dès 1913.

C'est en 1899 que le projet d'institution en France d'un Registre du Commerce se présente avec quelque précision, sur l'initiative de l'Association Française pour la protection de la Propriété industrielle. Trois années plus tard, au cours d'une réunion de la Société de Législation comparée (2), M. Thaller, tout en reconnaissant au registre du commerce allemand l'avantage de « couper le mal par la racine » (la concurrence déloyale), déclarait que l'adoption du registre du commerce n'était pas souhaitable. Il s'effrayait surtout du pouvoir discrétionnaire qui devait être donné au juge, pour lui permettre d'accepter ou de repousser telle ou telle firme. Et il exprimait la crainte que ce juge ne fut bien souvent influencé dans sa décision par des considérations étrangères

1) Lengereau, op. cit.

2) Bulletin de la Société de Législature Comparée, 1902, pages 92, 135, 141.

à l'équité, cédant à des influences politiques qui ne manqueraient pas de se manifester.

D'autre part, il faisait remarquer qu'il était peu probable que le goût de l'indépendance du Français s'accommodât d'une tutelle de ce genre. Ces raisons ajoutées à celles qu'il avait données quant à l'inconvénient de la transmission perpétuelle de la firme, l'incitaient à déclarer que l'institution du registre du commerce était indésirable. C'est dire à quel point l'idée du registre du commerce était dans son esprit alliée à celle de transmission et de protection du nom commercial.

Il est juste de remarquer, qu'il n'en fût pas de même de M. Lyon-Caen.

Reconnaissant la portée des critiques de M. Thaller à l'endroit d'une institution éventuelle du registre du commerce il s'éleva contre la conclusion rigoureuse qui en était tirée.

Il présenta le registre du commerce comme essentiellement désirable à condition de limiter son domaine. « Si, dit-il, le pouvoir du juge paraît exorbitant dans un pays où les partis politiques sont encore divisés, refusons ce pouvoir. Cela n'empêche pas d'admettre le registre du commerce. *L'utilité en sera un peu moindre, voilà tout.* »

Quant à la transmission de la firme, M. Lyon-Caen ne voit pas la nécessité d'innover sur ce point.

Mais le registre du commerce aura tout de même son importance, en tant qu'instrument de publicité. C'est là que le commerçant aura son « *casier commercial* ».

Ainsi, dès 1902, M. Lyon-Caen présentait le registre du commerce comme un simple instrument de publicité, encore qu'il faille noter qu'il déclare que l'institution eut été plus utile si des considérations

d'ordre pratique ne faisaient craindre une application fâcheuse d'un principe juste.

A son tour, M. Maillard (dont l'avis doit doublement être pris en considération, puisqu'il est donné au nom de M. le Bâtonnier Pouillet empêché), déclare souhaitable l'institution du registre du commerce. Il va favoriser la transmission intégrale et perpétuelle de la firme en même temps qu'il va contribuer à en assurer la protection préventive. A ce dernier point de vue, il ne partage pas les craintes de M. Thaller. En tout cas, il pense que la réforme présente trop d'avantages dans le sens de la protection et de la transmission de la firme pour qu'on n'essaye pas de la réaliser. Si les inconvénients ne l'emportent pas sur les avantages, il faut réformer la législation française en ce sens et ce sera au législateur à trouver l'heureuse formule qui atténuera les inconvénients redoutés.

Devant cette argumentation, M. Thaller a déclaré que s'il avait émis des doutes sur les bienfaits du registre du commerce en France, c'est qu'il craignait que le tempérament, l'individualisme frondeur du Français vis-à-vis de l'autorité ne puisse s'accommoder d'un régime qui obligerait le commerçant à justifier, au moment de s'établir, du *droit qu'il a sur sa firme* ou de la classification de sa profession dans la législation commerciale. « Il est clair, dit-il, que si je me suis trompé dans mes pronostics, l'importation en France du registre du commerce et surtout souhaitable ». Plus loin, M. Thaller déclare que sa méfiance à l'égard de la cession perpétuelle de la firme reste entière; mais, quant à la protection, on voit par les termes qu'il emploie que, dans son esprit, registre du commerce et protection commerciale vont de pair et que, malgré la suggestion de M. Lyon-Caen, il ne pense pas à proposer ou à ad-

mettre l'institution du registre du commerce destiné seulement à être un instrument de publicité. « Envisagé comme tel, ceux qui le recommandent font preuve d'un goût exagéré du formalisme. *Le régime allemand n'est de nature à rendre des services que dans la mesure où le juge du registre est armé d'un pouvoir d'examen préventif par lequel le juge allemand empêche les usurpations du nom.* »

C'est un sentiment qu'on retrouve à cette époque chez beaucoup d'auteurs (1) qui ont peu ou prou traité du nom commercial. Ils réclament l'institution du registre du commerce : son premier et principal effet sera, à l'égal du registre allemand, d'assurer la protection préventive du nom. Ils ne conçoivent pas qu'il puisse en être autrement. Et quand nous disons qu'ils ne le conçoivent pas, nous n'entendons pas qu'ils prétendent que le registre du commerce ne saurait être seulement un instrument de publicité. Non ! Ils ne parlent même pas de cette hypothèse. Elle ne se présente même pas à leur esprit.

Enfin, en 1913, le dahir marocain formant code de commerce (2) instituait un registre du commerce où la protection du nom commercial était prévue à la manière des législations germaniques. Cependant il faut dire, dès l'abord, qu'on n'apporta pas à cette innovation toute la perspicacité et la circonspection voulues. Nous allons l'examiner et voir au surplus à quelles décisions de jurisprudence il a pu prêter.

L'article 19 de ce dahir dit : *Il est institué un registre du commerce dans chaque tribunal de 1^{re} instance; un juge est commis au commencement de chaque année afin de surveiller la tenue de ce re-*

1) Baitry, Roger Levy, op. cit.

2) Dahir formant code de commerce du 12 août 1913. — « Revue de la Propriété Industrielle », Berne 1922, page 6. — Héron de Villefosse « La Propriété Industrielle au Maroc ».

gistre et l'observation des formalités prescrites par les inscriptions qui peuvent y être faites.

L'article 22 déclare : Celui qui exploite un établissement de commerce ou fait un négoce ou un trafic, seul ou avec un associé en participation, ne peut inscrire comme raison de commerce que son propre nom. Il ne peut rien ajouter à la raison de commerce qui indique un rapport de Société, mais il peut ajouter toutes indications servant à distinguer sa personne ou son établissement pourvu qu'elles soient conformes à la vérité.

Voici l'article 24 : Le droit de faire usage du nom d'un marchand ou d'une raison de commerce inscrits au registre et publiés dans les journaux à ce autorisés appartient exclusivement au propriétaire de ce nom ou de cette raison. Il ne peut être employé par aucun autre, même par celui qui a un nom de famille identique. Celui-ci doit, en constituant une raison de commerce, ajouter à son nom une autre indication qui le distingue nettement de la raison de commerce déjà existante.

Ce dahir est critiquable en plus d'un point. Remarquons d'abord que les pouvoirs du juge se bornent à surveiller la tenue du registre et l'observation des *formalités* prescrites pour les inscriptions qui peuvent y être faites.

Il est certain que le juge commis au registre du commerce ne peut pas trouver dans ce texte le pouvoir de refuser l'inscription d'une dénomination, si elle est susceptible d'être confondue avec une désignation déjà inscrite. Dès lors, tout l'intérêt du registre du commerce en tant qu'il pouvait assurer la protection préventive disparaît.

D'autre part, l'article 24 doit être critiqué à la fois quant à la rédaction qui, à notre avis, est malencontreuse et prête à équivoque, et quant à son esprit.

Tout d'abord, il y est écrit que le droit de faire usage du nom d'un marchand ou d'une raison de commerce inscrits au registre du commerce et publiés dans les journaux à ce autorisés appartient exclusivement au propriétaire de ce nom ou de cette raison. Cela veut dire, bien qu'en des termes peu nets, que l'inscription au registre du commerce est attributive de droit. C'est, en tout cas, l'interprétation qu'on en peut tirer. Nous verrons qu'il est au moins une décision où les juges en ont ainsi fait.

D'autre part il est dit dans ce dahir : *le nom ne peut être employé par aucun autre, même par celui qui a un nom de famille identique*. On voit combien cette affirmation peut être imprudente, même corrigée par ces mots : *Celui-ci doit, en constituant une raison de commerce, ajouter à son nom une autre indication qui le distingue nettement de la raison de commerce déjà existante*. Par là on comprend que le nom peut être employé par le titulaire à condition qu'il soit rendu différent du précédent au moyen d'adjonctions de modifications, mais à notre avis, on n'en doit pas moins critiquer les premiers termes de la proposition.

Voici maintenant un jugement du Tribunal de Casablanca qui va nous édifier sur le parti que les juges ont parfois tiré de ce dahir (1).

Le Tribunal : Attendu que la Société I. M. a fait inscrire en son nom au registre du commerce de Casablanca et d'Oudjda, la raison de commerce « Magasins Modernes » avec cette mention pour Casablanca et les autres villes du Maroc ; que cela résulte de la publication faite au Bulletin officiel du 13 dé-

1) Jugement rapporté dans l'ouvrage de M. Berge: « La Justice Française au Maroc ».

cembre 1915 N° 164, qu'elle est ainsi devenue propriétaire de cette raison de commerce pour tout le Maroc.

Attendu qu'il importe peu de savoir si, comme il l'affirme, S... faisait usage à Marrakech de cette même raison de commerce, à une époque antérieure où la Société P. M. en a requis l'inscription au registre, què le droit à la propriété de cette raison de commerce, doit être exclusivement reconnu à celui qui a le premier rempli les formalités prévues par la loi au titre III du dahir de commerce.

Attendu qu'on ne saurait, sans diminuer la valeur et la force probante que le législateur a voulu donner aux inscriptions régulièrement prises au registre du commerce, admettre qu'elles peuvent être combattues par des moyens de preuve recherchés en dehors du registre du commerce lui-même; qu'il n'y a lieu, en conséquence, d'admettre S... à rapporter par témoins la preuve de l'usage qu'il avait fait à Marrakech, antérieurement à l'inscription au registre du commerce obtenue par la Société P.M., de la raison de commerce « Magasins Modernes »; qu'il convient de faire droit à la demande de cette Société qui est entièrement justifiée.

Par ces motifs : Dit que par le fait de l'inscription qu'elle a prise au registre du commerce et qui a été régulièrement publiée au Bulletin Officiel du Protectorat, la Société P.M. est devenue seule propriétaire pour toutes les villes du Maroc de la raison de commerce « Magasins Modernes », condamne, en conséquence, S... à effacer toute enseigne, à détruire tous prospectus, toutes en-têtes de lettres, de factures ou de papiers de commerce portant cette raison de commerce, lui fait défense d'en user à l'avenir de quelque manière que ce soit. Dit que faute à S... de se conformer aux dispositions du présent jugement, dans un délai de huit jours à partir de la notification, il devra payer à la Société P.M. une astreinte de 50 francs par jour de retard jusqu'à concurrence de 3.000 francs, et qu'il sera procédé à l'enlèvement de l'enseigne de la maison de commerce de S... au besoin à l'aide de la force publique. Condamne S... à tous les dépens.

Si l'on examine ce jugement, il en ressort que l'inscription au registre du commerce est considérée comme attributive de droit. Nous avons reconnu précédemment que le dahir prêtait à une telle interprétation. Ce qui est certain, c'est qu'un pareil rôle attribué au registre du commerce est très critiquable. Même dans les législations germaniques où le registre du commerce joue dans la protection un rôle considérable, il n'est pas attribué à l'inscription un caractère attributif de droit. S'il est vrai qu'un commerçant doit, pour justifier l'action tendant à l'abandon d'une firme par un concurrent, prouver avant tout qu'il a lui-même droit à l'usage de la firme, il peut en faire la preuve par tous autres moyens que le registre du commerce. Il est évident que cette preuve sera beaucoup plus difficile, mais au regard du principe, ces difficultés pratiques importent peu. Cela prouve simplement qu'on a un très grand avantage à requérir l'inscription. Et puis, surtout ce que peut avoir d'injuste un résultat pareil à celui auquel parvient le jugement du Tribunal de Casablanca, est tempéré par une considération importante.

Seule, la firme, c'est-à-dire le nom patronymique du plein commerçant, devant servir de signature, peut être inscrite au registre du commerce et de ce fait est protégée. En pratique, l'enregistrement est toujours demandé. Dès lors on ne saurait se trouver dans la situation qui peut être celle du défendeur au procès dans le jugement du Tribunal de Casablanca, à savoir qu'ayant utilisé le premier la raison commerciale « Magasins Modernes » il peut en être dépouillé pour la seule raison qu'il ne l'a pas faite inscrire. Or, il faut bien avouer que si, en droit allemand, on parvient, dans la pratique, à ce que toute firme soit inscrite, cela est logique, car la firme est le nom sous lequel le commerçant fait le commerce et dont il si-

gne ses engagements. Mais il est excessif de l'exiger pour la raison de commerce. On aboutit à des cas d'espèces où un commerçant qui a fait usage le premier d'une raison de commerce peut s'en voir refuser l'usage au profit d'un concurrent plus vigilant. Il est à remarquer que cela revient à faciliter des calculs déloyaux, car l'hypothèse peut très bien se réaliser d'un commerçant qui ferait inscrire pour se l'approprier, la raison du commerce d'un concurrent réputé, lequel aurait omis de remplir cette formalité.

Sans doute, nous ne voulons pas méconnaître que l'inscription au registre du commerce est d'un appoint précieux pour la détermination du premier occupant. Mais ce n'est pas à dire que doit être interdite la preuve qu'un commerçant a fait usage de la dénomination avant celui qui l'a effectivement faite inscrire au registre. Cela revient à dire que la propriété de la dénomination ne s'acquiert que par l'inscription. C'est une solution, à notre avis, très critiquable. En tout cas, elle est contraire au principe qu'en France le droit au nom commercial s'acquiert par l'usage.

Ce dahir est non seulement critiquable par les solutions auxquelles il conduit, mais encore il est incomplet. En effet, il n'y est pas question des cas où deux dénominations semblables seraient enregistrées? Et pourtant, cela est possible, puisque, à notre avis, le juge ne saurait trouver dans le dahir, l'autorisation de refuser l'enregistrement de la firme en raison de la confusion possible. On comprend que, dans ce cas, le différend sera porté devant les tribunaux, mais c'est bien là qu'on s'aperçoit de l'inutilité d'un registre du commerce qui ne permet pas la protection préventive du nom, résultat qui pourrait seul compenser ce que le caractère attributif de droit de l'inscription peut avoir de choquant.

On aurait pu croire que l'exemple du législateur

français qui, en 1919, attribua au registre du commerce, un rôle plus modeste, mais qui fit de cette institution quelque chose d'homogène et à coup sûr ne présentant pas les dangers du registre marocain, on aurait pu croire que cet exemple serait salubre. Il n'en fût rien. Et le dahir du 11 mai 1921 (1) dispose, dans son article 2, qui institue un registre central du commerce : *Cette transcription vaudra protection, soit dans toute la zone française du Maroc, si les intéressés le requièrent, soit dans la localité ou le ressort qui sera par eux spécialement désigné.*

Il apparaît ici que le registre du commerce marocain a voulu marquer un progrès sur le registre du commerce allemand, qui limite la protection à la localité. C'est une préoccupation qui peut se justifier, mais il nous semble qu'avant de chercher à atteindre ce degré de perfection, on eut eu quelque bénéfice à revenir sur l'ensemble du système qui est mal construit.

En résumé, le registre du commerce marocain nous apparaît comme une institution à laquelle ont présidé des idées heureuses et des maladresses. Nous avons signalé et même illustré les dangers qui pouvaient en résulter. L'idée était heureuse, disons-nous, d'autant qu'il s'agissait d'un pays neuf où bien des inconvénients inhérents aux innovations, ne devaient pas arrêter le législateur, comme, par exemple, celui de rompre en visière avec la tradition. Ce qui est certain, c'est que le législateur marocain en tira un mauvais parti.

L'exemple n'était donc pas à suivre pour le registre du commerce français ; il ne fût pas suivi, fort heureusement. Mais on peut se demander si tout était à rejeter dans ce système, et si, à charge de le reprendre

1) « Revue de la Propriété Industrielle », de Berne, 1924, p. 98.

et d'en faire une institution comme le registre allemand, bâtie solidement, sinon hors de toute critique, il n'y avait pas quelque chose à retenir d'une expérience, en l'espèce malencontreuse, mais en l'espèce seulement.

Sans doute, nous le répétons, il n'était point question de faire, pour un pays fortement accoutumé à certaines libertés, une réforme aussi hardie que celle qu'eût constitué la création d'un registre semblable au registre marocain, qui, lui, avait au moins l'avantage d'être implanté dans un pays neuf. Mais on pouvait espérer que c'était là un précédent et que l'institution du registre du commerce serait telle que la protection préventive du nom commercial pourrait être assurée par lui, ainsi que c'est le cas dans les législations germaniques. Il n'en fut rien.

En 1914 se réunit une commission de la Société d'Etudes législatives composée de MM. PETIT, président, LYON CAEN, vice-président, FLUMEAU, GODET, MAILLARD, PERCEROU, TROUILLER, TAILLEFER, VAU-NOIS, BERNARD, LACAN, THALLER et ROUSSEAU. Enumérer les membres de cette Commission, c'est dire quelle devait être l'autorité de ses décisions.

Dès les premières réunions, M. LYON CAEN estimait que c'était le principe même du « *casier commercial* » qui devait être pris en considération, et que, pour aboutir, il fallait se contenter d'une réforme modeste : réunion automatique de toutes les formalités de publicité. C'est à ce point de vue même que fût discutée l'opportunité de l'institution. Lorsque, à la séance du 10 février 1914 (1), on aborda le point de savoir si toute inscription devait être reçue, on en vint à discuter la question de la concurrence dommageable par l'homonymie et des pouvoirs du préposé au registre

1) « Bulletin de la Société d'Etudes Législatives », 1914, p. 204.

du commerce, Devrait-on recevoir forcément l'inscription de l'homonyme et laisser aux titulaires le soin de juger la question de concurrence déloyale, ou bien éviter les procès par l'intervention préventive du greffier armé, en pareil cas, du pouvoir d'imposer l'adjonction d'un prénom ? Devait-on, dans ce cas, s'inspirer du système allemand ? Monsieur LYON CAEN déclara qu'il était préférable de garder le système français. On décida que toute inscription demandée devait être prise.

De son côté, pour répondre aux vœux dont il était saisi, le Ministre du Commerce confiait au Comité de législation commerciale, présidé par Monsieur LYON CAEN, le soin d'élaborer un projet. C'est de ce projet que s'est inspiré le gouvernement, dans le projet de loi qu'il a présenté aux Chambres et qui a été adopté par elles sans discussion.

Les lois relatives au registre du commerce sont la loi fondamentale du 18 mars 1919 (1), la loi du 26 juin 1920 instituant des taxes spéciales pour le service de la propriété industrielle et l'immatriculation au registre du commerce (2). On peut encore citer, bien que ces dispositions aient peu d'importance, la loi du 20 décembre 1920 et les décrets des 27 juin et 11 septembre 1920.

Seules, les lois du 18 mars 1919 et du 26 juin 1920, présentent, au point de vue qui nous occupe, un certain intérêt. Encore n'est-il pas nécessaire de les analyser dans le détail, mais plutôt d'isoler les articles qui ne laissent aucun doute sur le caractère exclusif d'organe de publicité que revêt le registre du commerce.

Il est dit à l'article 4 de cette loi que : Tout commer-

1) « Journal Officiel », 1924, 19 mars. — Sirey. « Recueil de Lois et Arrêts ». Lois annotées, p. 252.

2) « Journal Officiel », 29 juin. Sirey Cod. loc., p. 253.

çant doit, dans le mois de l'ouverture de son fonds de commerce ou de l'acquisition par lui faite, d'un fonds de commerce, requérir du greffier du tribunal dans le ressort duquel ce fonds est exploité, son immatriculation dans le registre du commerce.

Le requérant remet au greffier une déclaration en double exemplaire sur papier libre et signée de lui. Cette déclaration indique :

1° le nom de famille et les prénoms du commerçant ;

2° le nom sous lequel il exerce le commerce et, s'il y a lieu, son surnom ou pseudonyme ;

3° l'enseigne ou la raison de commerce de l'établissement.

Notons, en passant, les termes dans lesquels sont rédigés l'art. 1 et 2 de cette loi. C'est une chose qui vaut la peine d'être remarquée, que le législateur a, dans cette loi sur le registre du commerce, édicté, ou tout au moins reconnu implicitement pour la première fois, le fait qu'en France le choix du nom commercial est absolument libre.

Cette déclaration indique :

1° *le nom de famille et les prénoms du commerçant ;*

2° *le nom sous lequel il exerce le commerce, et, s'il y a lieu, son surnom ou pseudonyme. ;*

de sorte que ces deux articles peuvent être considérés comme les seules dispositions du législateur relatives à ce principe du choix libre du nom, qui domine, en France, toute la matière du nom commercial.

Cette remarque faite, poursuivons :

Voici l'article 14 :

« Le greffier ne peut refuser d'opérer les inscriptions que dans le cas où les déclarations faites par le requérant ne contiennent pas toutes les mentions prescrites par la loi.

Il signale au président ou au juge chargé de la surveillance du registre, les inexactitudes qui lui paraissent avoir été commises dans les déclarations. »

« Ce texte, dit M. Astier, dans son rapport au Sénat, indique bien quelle doit être la portée de l'inscription au registre du commerce : formalité purement matérielle, sans pouvoir d'appréciation laissé au greffier, en dehors des indications relatives aux mentions prévues par la loi. Le greffier ne peut donc, sous aucun prétexte, refuser l'inscription. »

Cette constatation, c'est avec une certaine mélancolie que M. le sénateur ASTIER la fait, et, si l'on se reporte au rapport qu'il a présenté au Sénat, on peut se rendre compte qu'il regrette qu'il n'en soit pas autrement et que le registre du commerce ne puisse jouer un rôle plus large que celui d'instrument de publicité.

Du moins, espère-t-il qu'il n'en sera pas toujours ainsi. Et voici pourquoi. « En France, à l'inverse de la loi de 1919, la loi du 26 juin 1920, dont le but primitif était l'institution de taxes spéciales, est venu créer le registre des marques et des brevets ; l'inscription sur ce registre est exigée pour la transmission des droits à l'égard des tiers. Faute de cette formalité, la transmission n'est valable qu'entre les parties. La sanction de l'omission de la formalité touche donc l'intégration même du droit. Son efficacité sera grande.

On voit par là que si le registre du commerce a fait son entrée dans la législation française comme organe de publicité, *il peut être appelé à voir son rôle se fortifier et s'élargir dans des directions nouvelles.* »

La remarque est juste. Mais, d'une part, on ne peut affirmer que si le registre du commerce est appelé un jour à jouer un rôle différent de celui de moyen de pu-

blicité, ce soit nécessairement pour assurer la protection du nom commercial.

D'autre part, depuis la loi de 1920, aucune disposition n'est venue confirmer cet espoir.

Le registre du commerce a été souvent jugé comme une institution incomplète et qu'il serait désirable de compléter en lui faisant jouer le même rôle qu'en Allemagne, sinon en ce qui concerne la *transmission*, du moins en ce qui concerne la protection de la firme.

Nous ne voulons, sur ce point, émettre aucun avis avant d'avoir étudié la législation allemande.

Ce qui est certain, c'est qu'il n'y a pas en France de protection préventive, mais seulement une protection répressive du nom commercial.

CHAPITRE II

Loi pénale du 28 juillet 1824

Quand on aborde l'étude de la protection du nom commercial, on est tenté d'accorder à la loi de 1824 une importance qu'elle n'a pas en réalité. Certes, le caractère pénal de la répression prévu par cette loi est bien fait pour accréditer une pareille illusion. Et même, on peut se demander, à première vue, si cette loi n'est pas susceptible de remplacer, dans une certaine mesure, des dispositions, absentes en droit français, sur la concurrence déloyale.

Voici le texte intégral de la loi de 1824, loi relative aux altérations ou suppositions de noms sur le produit fabriqué.

ARTICLE PREMIER. — *Quiconque aura soit apposé, soit fait apparaître par addition, retranchement, ou par une altération quelconque sur des objets fabriqués, le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur, ou la raison commerciale d'une fabrique autre que celle où les dits objets auront été fabriqués, ou enfin le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication, sera puni des peines portées en l'art. 423 du Code pénal, sans préjudice des dommages-intérêts s'il y a lieu. Tout marchand, commissionnaire ou débitant quelconque, sera passible des effets de la pour-*

suite lorsqu'il aura sciemment exposé ou mis en vente ou mis en circulation les objets marqués de noms supposés ou altérés.

ART. 2. — L'infraction ci-dessus mentionnée cessera, en conséquence et nonobstant l'art. 17 de la loi du 12 avril 1803 (22 germinal an XI), d'être assimilée à la contrefaçon des marques particulières prévues par les art. 142 et 143 du Code pénal.

De l'exposé de cette loi, il résulte, dès la première analyse, que :

Seront passibles des peines prévues :

Celui qui aura apposé ou fait apparaître sur des objets *fabriqués*, le *nom* d'un *fabricant* autre que celui qui en est l'auteur.

Tout marchand, commissionnaire ou débitant, qui aura sciemment exposé ou mis en vente ou mis en circulation les objets marqués de noms supposés ou altérés.

Ainsi, la loi de 1824, prévoit des cas de concurrence déloyale et les réprime. A ce titre, il est vrai de dire qu'elle peut, dans une certaine mesure, tenir lieu de loi sur la concurrence déloyale. Malheureusement, elle ne saurait, à notre avis, être invoquée pour assurer la protection du nom commercial. En effet, la loi de 1824 a une portée très limitée. Elle vise des cas très particuliers. Cela résulte des termes mêmes qu'elle emploie.

Pour que les peines prévues par la loi de 1824 s'appliquent, il faut :

Qu'il y ait usurpation.

Que l'usurpation revête la forme d'une apposition ou d'une addition.

Que cette apposition ou addition soit faite sur un objet fabriqué.

Enfin, il faut qu'il s'agisse du nom d'un fabricant.

La première condition est remplie lorsque c'est le

nom lui-même qui est usurpé. « La loi de 1824, dit M. Pouillet, n'est pas applicable si *l'usurpation* ne porte que sur les détails de la désignation, emblèmes, auxquels le nom du fabricant peut être associé; il faut qu'elle porte sur le nom lui-même. » Ce point est admis par tous les auteurs. Toutefois, il y a délit, même si la disposition des lettres était changée, mais si peu, qu'il y aurait encore identité, tout au moins quant à la consonnance par exemple : Doucé au lieu de Doucet, ou même si l'un des termes d'un nom double est composé de caractères tellement fins, que seul le nom usurpé est en évidence. Il en sera de même du nom usurpé précédé de façon de... système de...

La loi de Germinal an XI en décidait ainsi. La loi de 1824 n'a pas changé cette disposition (1). Depuis, un arrêt de 1855, la majorité de la jurisprudence s'est prononcée en ce sens (Cour de Paris, 18 juin 1908, *Gaz. Palais*, 08. 604. — Tr. Civil Seine, 20 juin 1908. *Gaz. Tr.*, 29 janvier 1908. — Tr. Civil Bordeaux, 5 juillet 1907 (*Ann. prop. ind.*, juin-juillet 1907, p. 105).

Cette première condition de l'usurpation est absolument nécessaire ; elle n'est pas suffisante. Il faut encore que *l'usurpation* revête la forme d'une *apposition* ou d'une *addition*. L'emploi du nom sous forme de prospectus, d'annonces, de réclames, ou sous forme d'enseignes, ne constituerait pas un *délit* au sens de la loi de 1824. Il est couramment admis en doctrine et en jurisprudence, que le seul fait que le nom est sur l'enveloppe, sac, boîte ou flacon, suffit pour que le délit existe. C'est ce qui résulte des termes de la loi de 1824 : *apposé, fait apparaître sur les objets fabriqués*.

Il a été jugé que le fait de remplir des flacons portant le nom d'un fabricant, d'un liquide ne provenant

1) Dans ce sens Pouillet op. cit. Numéro 791, page 654.

pas de ce fabriquant, constituait le délit d'usurpation de nom (Alger, 29 mai 1879, *Ann. Prop. industrielle* 1879, 345). Le Tribunal correctionnel de la Seine (10 mars, *Ann. Prop. Ind.* 58, 219) a décidé également qu'il y avait usurpation de la part du *débitant* qui vend, dans des boîtes portant le nom des fabricants, des produits qui ne proviennent pas de sa fabrique.

L'hypothèse inverse peut se produire. Au lieu de se trouver en présence d'un fabricant ou commerçant qui désire faire passer une marchandise de second ordre, produite à bon marché sous le couvert d'un nom réputé, on peut avoir affaire à un fabricant ou commerçant audacieux qui, pour acquérir une réputation ou simplement un succès de vente momentané, vend la marchandise de qualité, produite par un autre, en y apposant son nom. Ce procédé de concurrence déloyale tombe sous le coup de la loi de 1824. Il en a été jugé ainsi du fait de se procurer chez un fabricant les parties essentielles d'une bicyclette, de la compléter par l'adjonction des accessoires, etc., et de substituer sur le cadre à la raison commerciale du fabricant véritable, celle du fournisseur des accessoires (1).

Ainsi, pour que s'applique la loi, il faut qu'il s'agisse d'une usurpation et que cette *usurpation* revête la forme d'une *apposition* ou d'une *addition* ou *altération* du nom. La loi de 1824 s'appliquerait également s'il s'agissait de la *suppression* d'un nom.

Dans la doctrine et la jurisprudence, ces deux points sont admis sans difficulté.

Il n'en est pas de même de la troisième condition que nous avons déclaré être nécessaire pour que s'applique la loi de 1824. Cette loi ne vise-t-elle que le nom

1) Paris, 9 août 1894, Humber et Cie « *Ann. Propriété Industrielle* », 1896-95.

du *fabricant*? Ne peut-on dire, avec M. POUILLET, que, s'il est vrai que la loi de 1824 s'occupe plus particulièrement du *fabricant*, elle n'en protège pas moins le nom du *commerçant* qui vend ce produit.

On voit combien la portée de la loi de 1824 va être augmentée, si l'on adopte la solution de M. POUILLET. Sans doute, les deux premières conditions devront être remplies ; mais cela acquis, il y aura délit d'usurpation du nom chaque fois qu'un tiers aura apposé sur la marchandise qu'il vend le nom soit d'un fabricant qui n'est pas celui qui l'a fabriquée effectivement, soit d'un commerçant autre que celui qui a l'habitude de vendre cette marchandise.

« S'approvisionnement chez les fabricants, dit M. POUILLET, le commerçant se substitue en quelque sorte à lui et prend ainsi le produit sous sa propre responsabilité. »

Dès lors, la loi de 1824, protégerait effectivement le nom du *commerçant*, à charge toutefois de satisfaire aux deux conditions, d'usurpation et d'usurpation par apposition du nom. Il est important de rechercher si c'est là l'intention de la loi de 1824, si c'est dans ce sens que doit décider la jurisprudence et si, en fait, c'est ainsi qu'elle juge. S'il en était ainsi, nous le répétons, la loi de 1824 aurait une portée beaucoup plus considérable. On pourrait dire alors qu'elle protège véritablement le *commerçant* contre l'usurpation de son nom par apposition sur un objet fabriqué.

A notre avis, l'opinion de M. POUILLET ne peut-être admise.

Et, tout d'abord, telle n'a pas été certainement l'intention du législateur de 1824. En effet, si l'on se reporte à la loi de 1824 que nous avons intégralement citée au début de ce chapitre, nous y trouvons les mots : objets fabriqués, nom d'un *fabricant* autre que celui qui en est l'auteur, raison commerciale

d'une *fabrique* autre que celle où les objets ont été *fabriqués*.

Ils sont très significatifs et ils expriment nettement la pensée du législateur. Ce que nous disons de la loi elle-même est vrai aussi des travaux préparatoires. Qu'on s'y reporte. On y trouvera les expressions : *fabricant, objets fabriqués manufacturiers, industrie*. Pas une seule fois il n'est question du commerce et des commerçants. C'est en vain qu'on prétendrait avec M. POUILLET (1), que la loi a statué sur le cas ordinaire et qu'il ne s'ensuit pas qu'elle n'ait pas compris dans ses termes l'espèce qui nous occupe. Pour notre part, nous croyons que des termes aussi nets et aussi exclusifs répétés à plusieurs reprises en quelques lignes, alors qu'il n'est nullement question du commerçant à cet endroit, permettent de prétendre que le législateur ne l'a pas compris dans son énumération. Il faut même remarquer qu'il ne saurait être question d'un oubli du législateur, puisque, dans l'article 2, il vise le cas du marchand commissionnaire ou débiteur, pour déterminer les cas dans lesquels celui-ci sera passible des effets de la poursuite.

En la circonstance, on ne peut dire que le commerçant a été oublié par le législateur ; et si celui-ci n'a pas parlé de l'usurpation du nom du commerçant, c'est qu'il a entendu que cette usurpation ne saurait constituer le délit.

Mais ce n'est pas tout. Avec M. MAUNOURY (2), on peut donner contre la conception de M. POUILLET d'autres arguments très sérieux et même, croyons-nous, décisifs.

Reprenons notre dernier argument. Bien que la ré-

1) Dans le même sens Lyon-Caen. Note sous arrêt. Civ. 17 janvier 1894. Sirey 1894-I-433.

2) Maunoury op. cit., p. 370.

daction de la loi de 1824 permette, à notre avis, d'affirmer que le législateur n'a pas oublié de citer les commerçants, mais qu'il a entendu les écarter, supposons un instant qu'il n'en soit pas ainsi.

Pourrait-on, avec M. POUILLET, l'interpréter largement ? Non : car il est de principe qu'une loi pénale doit être interprétée restrictivement.

Voici un autre argument de M. POUILLET : La preuve, dit-il, que le nom du commerçant est protégé à l'égal de celui du fabricant, c'est que la loi de 1857 ne protège que le nom sous une forme distinctive, déclarant que le nom, en dehors de la forme distinctive, reste protégé par la loi de 1824. Or, le législateur de 1857 s'occupe du commerçant comme du fabricant ; il renvoie donc, pour l'un comme pour l'autre, à la loi de 1824.

L'argument est bien mauvais et M. MAUNOURY le réfute aisément (1), en faisant remarquer que l'exposé des motifs de la loi de 1857 déclare que « bien qu'il y ait un rapport très direct entre l'objet de la loi de 1824 et celui du projet nouveau, on n'a pas pensé qu'il y eut lieu de toucher à la loi de 1824. La loi de 1824 *reste donc complètement en dehors du projet qui vous est soumis* ». Dans ces conditions, dit M. MAUNOURY, il n'y a aucun argument à tirer de la loi de 1857 intitulée *Loi sur les marques de fabrique et de commerce*, pour interpréter la loi de 1824, relative aux *altérations ou suppositions de noms dans les produits fabriqués*.

M. POUILLET (dernière édition 1912) reconnaît lui-même aux arguments de M. MAUNOURY une force de nature à affaiblir sa conviction première. Nous voulons croire que c'est là reconnaître, avec élégance, un point de vue opposé à celui tout d'abord adopté.

2) Maunoury oc. cit., p. 372.

Quoiqu'il en soit, nous croyons avoir démontré notre point de vue, à savoir : que, seul, le nom du *fabricant est protégé* par la loi de 1824.

Mais, quelle est sur ce point l'opinion de la jurisprudence ? Outre des arrêts plus anciens, signalons cet arrêt de la Cour de cassation (Ch. criminelle, 31 janvier 1908, *Rœderer Annales de la Propriété Industrielle*, 1908-2-57), qui décide que la loi du 28 juillet 1824 ne réprime l'apposition sur les produits fabriqués d'un nom autre que celui du fabricant dont ils émanent, que lorsque le nom apposé frauduleusement est celui d'un fabricant.

Depuis cet arrêt, aucune décision de la Cour de cassation n'est, à notre connaissance, venue contredire cette interprétation restrictive de la loi de 1824. Nous devons seulement citer un arrêt de la Cour de Colmar (1), qui, dans un de ses attendus, tend à démontrer que la loi de 1824 doit être appliquée au cas où il s'agit d'un commerçant qui a l'exclusivité des produits d'un fabricant.

Voici comment s'exprime la Cour :

Attendu que la dénomination commerciale est protégée par la loi de 1824 ;

Attendu que, pour rejeter la protection basée sur cette loi, on plaide qu'elle n'est applicable qu'à la raison commerciale des fabriques et des produits fabriqués, que le Louvre de Paris ne saurait l'invoquer, puisqu'il n'est qu'un magasin de vente et ne fabrique pas ;

Attendu que, s'il est vrai que la loi de 1824 ne s'applique qu'aux objets fabriqués, il ne s'en suit pas qu'elle ne garantit que la raison commerciale de la fabrique ; que si la raison commerciale se trouve souvent apposée sur les objets sortant de la fabrique, cette particularité n'empêche pas la maison vendeuse

1) Dalloz, hebdomadaire. 1926, p. 570.

d'apposer sa raison sociale sur les objets qu'elle vend, que tout le monde sait que des fabriques indépendantes de grands magasins de Paris, produisent et fabriquent tel ou tel article exclusivement pour ceux-ci, que leur production leur est souvent réservée.

Pour des raisons que nous avons indiquées plus haut, nous ne saurions admettre le point de vue de la Cour de Colmar.

D'abord, parce que cet arrêt, émanant d'une Cour d'appel, est en contradiction avec une décision de la Cour suprême.

Ensuite, on peut remarquer que dans cet arrêt de la Cour de Colmar, comme dans beaucoup d'autres arrêts, la loi de 1824 n'est invoquée qu'accessoirement, pour la condamnation aux dommages-intérêts. On pourrait vraiment dire que la jurisprudence interprète largement la loi de 1824, si l'on trouvait des décisions condamnant pénalement l'usurpateur du nom d'un commerçant. Or, on en chercherait en vain. Chaque fois que l'abus fait du nom commercial sera puni de la sorte, c'est qu'il aura été en même temps marque de fabrique et, dès lors, c'est du nom du fabricant qu'il s'agit.

Quoiqu'il en soit, on ne saurait trop blâmer, à notre avis, certaines décisions de jurisprudence, au nombre desquelles des arrêts de la Cour suprême, où la loi de 1824 est invoquée au regard de la protection du nom du commerçant. D'ailleurs, ces décisions, si l'on en excepte l'arrêt précité de la Cour de Colmar, qui est motivé sur ce point, font appel à la loi de 1824, d'une manière vague. Les juges ne se donnent point la peine de justifier une pareille interprétation de la loi. Généralement, l'attendu est le suivant : Attendu que le nom du commerçant est protégé tant au titre de la loi spéciale de 1824 que du principe d'équité contenu dans l'art. 1382. Une pareille rédaction, qui res-

semble assez à un refrain, laisse entendre que les juges invoquent cette loi sans trop réfléchir sur le point de savoir si, en réalité, elle doit s'appliquer au cas d'espèce. C'est un attendu commode et harmonieux. Au surplus, comme dans ces décisions, il ne s'agit pas d'une peine à appliquer, mais de dommages-intérêts ou de mesures destinées à éviter, dans l'avenir, l'atteinte au droit du nom, leur inquiétude n'est pas grande quant à la justification de la décision, car, sur ce point, l'article 1382 suffit.

Nous sommes persuadés que si la question de l'application de la loi de 1824 était posée dans son entier (et cela ne peut être que si l'on envisage le cas d'une condamnation pénale), la Cour suprême se prononcerait pour la non application. C'est dans ce sens qu'elle s'est déjà prononcée dans l'arrêt de 1908 précité.

D'ailleurs, même s'il en était autrement, nous maintiendrions notre point de vue, à savoir : que la loi de 1824 ne doit s'appliquer qu'au cas d'usurpation du nom d'un fabricant, et nous rappelons que notre argument le plus décisif est le suivant : la loi de 1824 est une loi pénale et, à ce titre, doit être interprétée restrictivement.

Par là, se trouve résolue la question du point de savoir si les initiales ou chiffres doivent être protégés aux termes de la loi de 1824 (nous entendons les initiales ou chiffres du *commerçant*). Puisque le nom du commerçant, à moins que ce commerçant ne soit en même temps fabricant, n'est pas protégé au titre de la loi de 1824, *a fortiori*, en est-il ainsi des initiales et des chiffres. Dès lors, il ne nous paraît pas utile de reproduire la discussion à laquelle cette question a donné lieu (1) et qui trouve mieux sa place dans un

1) Pouillet op. cit., édition 1912, numéros 732 et 733, pages 597-598-599.

traité de la concurrence déloyale en tous genres. Au surplus, ajoutons que, même dans ces conditions, la solution présente un intérêt très relatif, car, lorsque les initiales et les chiffres sont employés, c'est surtout à titre de marque de fabrique.

Alors la question ne se pose plus.

Ainsi, le nom ne se trouve protégé par la loi de 1824 que si trois conditions sont réalisées :

S'il y a usurpation,

Usurpation par apposition, addition, altération.

Même ces deux conditions remplies, il ne peut être question que du nom du *fabricant* et non de celui du *commerçant*.

Ainsi, il apparaît qu'en l'absence d'une loi sur la concurrence déloyale et eu égard à la trop grande spécialité, partant, à l'insuffisance de la loi pénale de 1824, le nom ne pourra être protégé qu'en vertu du principe général d'équité contenu en l'article 1382. Ce sera le rôle de la jurisprudence française d'en tirer parti le mieux possible. La tâche est à la fois lourde et délicate. Nous allons voir comment elle s'en acquitte.

TITRE II. — Etude des décisions de jurisprudence relatives à la protection du nom commercial.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Des faits constitutifs de concurrence illicite en général

Quelles sont les différentes hypothèses devant lesquelles va se trouver la jurisprudence et quelles sont les difficultés auxquelles elle va se heurter ?

Les choses paraissent tout d'abord relativement simples. Le commerçant a acquis le droit de faire le commerce sous un nom déterminé qu'il a pu choisir librement ou acquérir d'un prédécesseur. Ce droit est désormais consacré soit par l'usage, soit par l'acquisition. Rien n'est plus juste et plus conforme au droit en même temps qu'à la morale que d'empêcher un tiers d'y porter atteinte, en s'en emparant par exemple, en l'usurpant : c'est l'hypothèse la plus brutale. La sanction est immédiate ; le tiers se voit interdire l'usage du nom qu'il a usurpé, sans préjudice des dommages-intérêts qui doivent être appréciés au regard des bénéfices immérités que cette usurpation momentanée a pu lui procurer.

Mais, supposons qu'un tiers vienne à exercer le

commerce sous un nom d'adoption, et que ce nom se révèle être semblable plus ou moins à un nom déjà réputé dans le monde des affaires.

Deux cas peuvent se présenter :

Ou bien le champ dans lequel se meuvent les deux commerçants, les clients auxquels ils s'adressent tous deux, sont les mêmes. Si les dénominations se ressemblent, elles vont être confondues, en même temps les deux commerçants, les deux maisons. Quelle que soit la bonne foi de celui qui, le deuxième, a fait choix de la dénomination, il devra être contraint, si l'on veut que le droit du premier titulaire soit respecté, à adopter une dénomination différente, par là à faire cesser la confusion qui, dans l'esprit de la clientèle, s'est fait jour entre les deux noms, les deux commerçants, les deux maisons qu'ils désignent.

Peu importe, disons-nous, que le concurrent ait été de bonne foi, peu importe, au point de vue de la confusion à faire cesser. Le dommage n'en existe pas moins. Il faut en détruire la cause ; il faut le réparer. Mais, à notre avis, et quoiqu'on en ait dit (1), cette distinction de bonne et de mauvaise foi a son importance en théorie ; et même en pratique, elle n'est pas sans exercer une certaine influence sur la décision des juges, relative à l'attribution des dommages-intérêts.

Ici encore, quelque malencontreux que puisse être le résultat pour le concurrent de bonne foi et simplement maladroit, la solution est facile. Il rendra, à titre de dommages-intérêts, le bénéfice qu'il a fait au détriment du premier titulaire. En même temps, il se mettra en devoir de distinguer de celle de son concurrent, la dénomination sous laquelle il entend se faire connaître. Le plus simple sera d'en changer. Rien ne s'y oppose.

1) Maunoury op. cit., p. 394.

Dans l'autre cas, on suppose que les deux commerçants s'adressent à une clientèle différente et tant qu'il en est ainsi, les noms, quelle que soit la ressemblance visuelle ou sonore, peuvent être considérés comme des noms différents. La confusion n'étant pas possible, la question ne se pose pas de la faire cesser, partant, d'apprécier le préjudice qui en est le résultat.

Dans les deux cas que cette hypothèse comporte, nous avons supposé que la dénomination choisie était une dénomination de fantaisie, un pseudonyme. Mais une autre hypothèse est à envisager. Tout en ayant dégagé le caractère de liberté absolue du choix de la désignation commerciale, nous avons vu, qu'en fait, le choix portait souvent sur le nom patronymique. Dès l'abord, il apparaît que la sanction du droit acquis par le premier titulaire risquerait d'avoir quelque chose de choquant si elle comportait l'interdiction de l'usage du nom pour le deuxième titulaire.

Éliminons tout d'abord le cas où le champ dans lequel se meuvent les deux commerçants est différent, où la clientèle à laquelle ils s'adressent n'est pas la même. S'il est juste de décider, comme nous l'avons fait plus haut, *que le nom d'adoption* postérieurement choisi pourra subsister, *a fortiori* en est-il ainsi du nom *patronymique*.

Restent deux cas à envisager :

Ou bien ce sont deux noms patronymiques qui sont en présence,

Ou bien le titulaire du nom patronymique qui désire en faire usage à titre de nom commercial se heurte au droit consacré d'un concurrent sur une désignation qui n'est pas conforme à son nom patronymique, soit qu'il s'agisse d'un nom d'adoption, soit qu'il s'agisse d'un nom acquis du prédécesseur.

Dans les deux cas, il y a conflit de droit, conflit de droit de propriété, puisque la jurisprudence reconnaît

cette nature juridique au nom civil comme au nom commercial. De ce fait, il n'y a pas à distinguer et la jurisprudence ne distingue pas.

Ce qui est certain, c'est que force va lui être de prendre en considération le droit au nom du deuxième commerçant. D'autre part, n'oublions pas que le droit du premier titulaire reste entier ; peu importe, nous l'avons dit, qu'il s'agisse d'un nom patronymique ou d'un nom d'adoption, puisque le droit de propriété est reconnu sur chacun d'eux.

C'est une difficulté ; ce n'est pas un dilemme. La jurisprudence a la ressource d'ordonner que le nom, sans être changé, soit distingué par une adjonction ou par une disposition différente, ou par des précisions apportées sur la date de la fondation de l'établissement. Mais désormais, dans les circonstances que nous indiquons, le problème est devenu plus compliqué, la solution est moins simple. On est obligé de prendre en considération le droit de l'individu à exercer le commerce sous son nom.

Ce principe est juste, mais l'application qu'on en pourra faire sera-t-elle équitable en toutes hypothèses.

Supposons qu'un commerçant aie fait choix d'une dénomination, conforme ou non à son nom patronymique, et que, sous cette dénomination, il exerce effectivement le commerce et acquière une grande réputation. Un quidam s'avise que son nom patronymique est identique ou plus ou moins semblable à cette dénomination. Vite, il monte une maison de commerce ; il s'empresse de mettre en vente des produits analogues à ceux que vend le premier commerçant. La clientèle de se tromper, de prendre une maison pour l'autre.

Voici notre malin enrichi au détriment de son concurrent. Est-ce équitable ? Non pas ! Pourtant, l'usage que le commerçant a fait de son nom est-il

conforme au droit que nous lui avons tout à l'heure reconnu. A coup sûr !

Ici, l'on touche à la théorie de l'abus du droit. C'est cette notion que la jurisprudence va avoir à analyser dans les cas d'espèce qui vont se présenter. Pour l'accomplir, une grande latitude lui est nécessaire. Dans la législation française, en l'absence de loi sur la concurrence déloyale et, dans le Code de commerce ou le Code civil de dispositions spéciales au nom commercial, cette latitude va être aussi grande que possible.

La jurisprudence, qui admet la notion d'abus du droit, va-t-elle pouvoir tirer de cette notion tout le parti qui convient. N'est-elle pas limitée. A notre avis, et c'est ce que nous mettrons en lumière, quel que soit l'abus fait du droit au nom, elle ne pourra pas en interdire l'usage chaque fois que le titulaire du nom exercera vraiment le commerce et qu'une pareille interdiction équivaldrait à l'empêcher de faire le commerce sous son nom. Un pareil résultat doit d'autant plus être évité que, bien souvent, il équivaut indirectement à une interdiction pure et simple d'exercer le commerce ? Ce serait contrevenir au principe général de la liberté du commerce écrit dans la loi de 1791.

Toutes les hypothèses que nous venons de signaler, en prenant le soin d'aller de la plus simple à la plus compliquée, de celle où la solution s'impose et ne rencontre aucun obstacle, à celles où des principes également respectables se heurtent et rendent la solution plus délicate, toutes ces hypothèses sont dans le domaine de la concurrence illicite.

Le domaine de la concurrence illicite est beaucoup plus vaste que celui de l'atteinte au nom commercial. Il n'est pas dans notre programme d'étudier tous

les faits constitutifs de concurrence illicite. Ils sont d'ailleurs légion. Au surplus des livres très complets ont traité de la question (1).

On a pu remarquer que nous avons dit concurrence illicite et non concurrence déloyale.

C'est, qu'en effet, nous entendons distinguer, en dépit de ce que dans la doctrine et dans la jurisprudence les expressions sont souvent employées l'une pour l'autre. Or cela est dangereux et contraire à la véritable terminologie.

Dans le commerce, la concurrence est de principe, mais il y a une concurrence licite et une concurrence illicite. N'importe lequel des actes tombant dans le cadre des hypothèses que nous avons envisagés est un acte de concurrence illicite. L'auteur de cet acte cause à son concurrent un dommage, il s'attribue un bénéfice par des voies que la loi interdit, par des moyens que la jurisprudence condamne. Mais autre chose est maintenant de déterminer si, en l'occasion, le commerçant qui a causé le dommage a manqué à la loyauté, s'il a agi *mala fide* ou *bona fide*.

Cela ne peut échapper, seul, l'élément de bonne ou de mauvaise foi va déterminer le caractère déloyal ou simplement illicite de la concurrence dommageable. Et cependant cette distinction est souvent oubliée (2). Bien mieux, on a parfois essayé de soutenir qu'elle n'existait pas, ou tout au moins qu'elle était inutile. Ce n'est pas notre avis.

Voici les termes en lesquels s'exprime M. Mounoury : « On distingue quelquefois la concurrence déloyale de la concurrence illicite. La première aurait lieu toutes les fois qu'il y aurait intention de nuire,

1) Pouillet. *Traité des Marques de Fabrique et de sa concurrence déloyale en tous genres.* — Olivier Pichot. *La concurrence déloyale et la contrefaçon en matière commerciale et industrielle.* Préface de M. Percerou.

2) Baitry, Mounoury *op. cit.*

tandis que la seconde existerait même en l'absence d'intention dolosive. Cette distinction n'a que peu d'intérêt. Dans les deux cas, en effet, la seule chose dont on ait à se préoccuper est de savoir s'il y a préjudice causé. Si ce préjudice existe, qu'il soit le résultat d'une faute (concurrence déloyale) ou d'une simple imprudence (concurrence illicite), une action est ouverte, soit en vertu de l'article 1382, soit en vertu de l'article 1383 du code civil. Illicite ou déloyal, tout fait qui crée une confusion entre deux maisons de commerce doit entraîner une condamnation pécuniaire (Trib. com. Nantes 6 mars 1880). »

Tout d'abord nous ne sommes pas absolument d'accord sur la façon dont M. Maunoury caractérise la mauvaise foi et nous préférons dire, bien que ce soit souvent la même chose, que la concurrence déloyale aura lieu chaque fois qu'un acte dommageable aura été accompli, l'auteur sachant très bien que cet acte était susceptible de nuire à autrui et passant outre. Il y a une nuance. Ensuite, nous sommes tout à fait d'accord sur le principe que l'action est possible, que l'acte dommageable ait été accompli de bonne ou de mauvaise foi. Seulement, en fait, la condamnation ne sera pas la même dans les deux cas. M. Pouillet (1) et M. Pataille (2) sont de cet avis. Et ce dernier déclare que si la bonne foi laisse subsister le fait indû et dommageable qui donne ouverture à l'action ressortant de l'article 1382, il est vrai de dire qu'il n'y a plus concurrence déloyale dès l'instant qu'il y a bonne foi; il admet que cette bonne foi devra profiter aux défenseurs dans l'appréciation des dommages-intérêts.

S'il est évident que le principe affirmé par M. Pataille sur le compte à tenir de la bonne foi dans l'at-

1) Op. cit., édition 1912, N° 884, page 723.

2) « Annales de la Propriété Industrielle », 1870, page 159.

tribution des dommages-intérêts est insoutenable en tant que principe, le fait est réel que les juges en font un élément d'appréciation.

Cela est insoutenable en tant que principe. En effet, en l'absence d'une loi pénale sur la concurrence déloyale, le juge ne peut que condamner à des dommages-intérêts. Or ceux-ci doivent être toujours, mais strictement, équivalents au préjudice subi. Ils ne peuvent être augmentés au cas de mauvaise foi, ni diminués en cas de bonne foi. Mais en fait, même à leur insu, les juges tiendront compte de cet élément de bonne ou de mauvaise foi. En fait, la remarque de M. Pataille a donc sa valeur et l'observation de M. Maunoury est déjà bien compromise. La constatation que nous allons faire va confirmer notre affirmation savoir : qu'il ne faut pas confondre concurrence illécite et concurrence déloyale, d'abord parce que cela est contraire à la vérité, ensuite parce qu'il y a un certain intérêt à faire cette distinction.

Supposons qu'une action en dommages-intérêts soit fondée uniquement sur une prétendue concurrence déloyale, c'est-à-dire que le demandeur n'ait pas conclu à l'attribution de dommages-intérêts pour le simple fait du préjudice, sans considération de bonne ou de mauvaise foi. Les juges qui reconnaissent qu'il n'y a point concurrence déloyale seront-ils autorisés à rechercher si le défendeur n'a pas tout au moins commis une simple faute et engagé sa responsabilité aux termes de l'article 1382. Une décision de Grenoble en date du 26 juin 1906 (1) déclare que les juges ne sauraient rechercher ce point.

Relevons dans le même sens un arrêt de la cour de Besançon du 31 décembre 1901 et un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre des Requêtes (2) qui

1) « Annales de la Propriété Industrielle », 1907, p. 131.

2) 18 Nov. 1903. Eod. Loc. 1903, p. 341.

décide qu'il n'appartient pas aux juges, en l'absence de conclusions en ce sens, de rechercher, si, à défaut de concurrence déloyale, un commerçant n'a pas commis la faute simple, constitutive de la concurrence illicite, engageant sa responsabilité dans les termes de l'article 1382 du Code civil; qu'en tous cas, le moyen tiré de la concurrence illicite ne peut être soulevé pour la première fois en cassation. Dans le même sens, encore, cet arrêt du 9 mars 1870 (1) qui décide que lorsqu'une demande en dommages-intérêts est uniquement fondée sur la prétendue concurrence déloyale, les juges d'appel ne sont pas tenus de statuer sur la question de savoir si, en dehors d'une déloyauté dans la concurrence, il n'y a pas eu une faute simple ayant causé un préjudice dont la réparation est due.

Ces décisions, jointes à la remarque d'ordre pratique que nous faisons tout à l'heure, montrent bien qu'il y a un intérêt certain à distinguer concurrence déloyale et concurrence illicite.

Et cependant nous avons vu que des auteurs les confondent, les uns par inadvertance, les autres par erreur. On rencontre aussi cette confusion dans la jurisprudence et même on trouve parfois une expression pour l'autre dans les notes sous les arrêts.

Pour notre part, nous espérons avoir prouvé qu'il y a intérêt à distinguer entre la concurrence illicite et la concurrence déloyale.

Ainsi, avons-nous, envisageant les cas divers dans lesquels les juges auraient à se prononcer sur des atteintes au nom, situé le problème de la concurrence dommageable.

Ainsi avons-nous en deuxième lieu déterminé le caractère bilatéral de cette concurrence dommageable.

1) « Annales de la Propriété Industrielle », 1870, p. 154.

Nous nous proposons, maintenant, de faire une étude de jurisprudence dans laquelle nous analyserons les solutions adoptées en chaque circonstance. Nous verrons la jurisprudence aux prises avec les difficultés que nous avons signalées. Nous apprécierons la solution qu'elle aura donné aux problèmes qu'elle avait à résoudre. Dans l'exposé des diverses décisions nous procéderons, ainsi que nous avons fait déjà, d'une manière didactique, allant du simple au complexe.

Cela fait, et minutieusement, il nous sera facile de dégager les principes qui ont conduit la jurisprudence à toutes ces solutions d'espèce.

Ajoutons qu'au point de vue de la compétence, il n'y a aucune difficulté, en droit français. C'est le tribunal de commerce qui juge en premier ressort à charge d'appel devant la cour. Enfin, le pourvoi en Cassation est possible sur le motif de violation de la loi. Seul, parmi les auteurs, M. Blanc (1) pense que les actions fondées sur une usurpation d'enseigne ou sur une concurrence déloyale sont de la compétence des tribunaux civils. Mais cette opinion est isolée. Au surplus la jurisprudence a, depuis, eu l'occasion d'affirmer, à tant de reprises, la compétence du tribunal de commerce en ce qui concerne l'usurpation ou l'imitation du nom commercial (à l'encontre des marques de fabrique pour lesquelles la juridiction compétente est le tribunal civil), que ce point peut être considéré, désormais, comme absolument acquis et hors de discussion. (2).

1) Et. Blanc op. cit., p. 743.

2) Dans ce sens Pataille *Annales Prop. Indust.* 1855, p. 44. Mayer op. cit. N° 38. Pouillet op. cit. N° 1.317. Baitry, Maunoury, Auschitsky op. cit. et Cass. 10 mars 1924. Sirey 24-I-271, Cass. 29 juin 1925 *Annales Prop. Indust.*, septembre 1925.

CHAPITRE PREMIER

La possibilité de confusion, source de préjudice, est la mesure de l'action

C'est un principe que nous avons déjà dégagé dans notre première partie que le droit au nom commercial est protégé seulement dans la mesure où l'usage qui en est fait par un autre que le premier titulaire est une source de dommage, dommage qui naît de la confusion. Dans la jurisprudence française ce principe est constant. Nous allons examiner quelques cas typiques où il a été mis à profit.

Et tout d'abord il sera impossible aux juges, quel que soit l'intérêt du premier occupant, de lui accorder des dommages-intérêts contre le concurrent qui aura fait usage d'une dénomination qui, tout en étant également celle du demandeur, est une dénomination nécessaire ou vulgaire.

Une dénomination peut être nécessaire ou vulgaire, de deux manières.

Elle peut l'être par nature, avoir toujours été telle. C'est le cas d'une dénomination générique (1) telle

1) La dénomination générique peut être définie: une dénomination qui porte en elle la signification de la chose qu'elle désigne et dont elle est tirée.

que « Agence d'affichage ». Remarquons, dès maintenant, qu'une dénomination générique peut rester nécessaire ou vulgaire ou devenir spécial, par exemple par l'usage exclusif prolongé.

A l'inverse de cette dernière hypothèse, une dénomination peut avoir été spéciale et devenir vulgaire, puis nécessaire. Le cas le plus typique et le plus accusé est celui des dénominations telles que : bretelle, calepin, quinquet.

Quoi qu'il en soit, considéré au moment où l'action est intentée (ou plus précisément au moment où le demandeur prétend que le préjudice lui a été causé), il n'y a pas lieu d'attribuer des dommages-intérêts, quand la dénomination est nécessaire ou vulgaire. En effet, il n'y a pas atteinte portée au droit au nom commercial *et cela parce qu'il n'y a pas droit exclusif au nom commercial*. C'est ainsi qu'il a été jugé que le mot « *indicateur* » est un terme générique et que chacun peut l'adopter pour l'employer à une œuvre de sa profession. Ce jugement concerne l'espèce où le propriétaire du titre *indicateur de chemin de fer* avait demandé la suppression du titre *indicateur Herman*. Il fut débouté (Paris 25 août 1854, Chaix, *Le Droit*, 26 août). Dans le même sens, le Tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 11 janvier 1861 (*Journal des Tribunaux de Commerce*, 1910, page 264), a décidé qu'un titre tel que *Entreprise Générale de Balayage public* ne saurait appartenir à celui qui l'a pris le premier en qualité d'adjudicataire du balayage d'une ville. Dans le même sens, il a été jugé que le *téléphone* étant, d'après sa définition même, un appareil servant à la transmission de sons à distance, le nom de téléphone est générique, inspiré par la nature des choses, et correspond à son objet; qu'il s'ensuit que l'emploi de ce nom appartenant à tous ne peut conférer aucun droit de pro-

priété, ni appropriation privative à ceux qui en usent (Paris, 17 décembre 1903, Société Industrielle des Téléphones Ann., propriété industrielle, 1904, page 173) (1). Citons encore ce jugement plus récent du Tribunal de commerce de la Seine dont voici l'expression : On ne saurait interdire à une association de faire usage de la dénomination du mot *Compagnie* et de l'expression *Expert-comptable*, cette double appellation étant empruntée aux qualités essentielles des associations qu'elles désignent et n'étant pas susceptibles d'appropriation privée, mais pour éviter une confusion qui pourrait porter préjudice à l'association la plus ancienne, l'association nouvelle est tenue de combiner les mots et les expression composant son appellation de façon telle que, dans une abréviation, aucune erreur ayant pour conséquence de faire confondre les deux groupements ne soit possible (Tribunal civil de la Seine, 27 nov. 1923, J. Sté Jr. 1924). Cette décision est remarquable parce que d'une part elle affirme le principe. D'autre part, elle montre que dans certaines circonstances il y a tout de même intérêt à prendre des précautions, parce qu'une confusion peut naître et le préjudice en résulter, malgré qu'il s'agisse d'une dénomination générique. C'est une notion que nous retrouverons plus loin en traitant du mot-vedette.

Des décisions que nous venons de citer le principe se dégage très nettement que nous avons signalé tout à l'heure : chaque fois qu'une dénomination ne saurait faire l'objet d'un droit exclusif, il ne peut être

1) Dans le même sens et plus récentes on peut citer les décisions relatives à la dénomination *Auto-Garage* (garage pour automobile) Tribunal de Commerce Aix, 29 juin 1902 (Gaz Comm. Lyon 1903-820) ; Rose incarnat de Chine appliqué à des savons Tribunal Civil Lille, 21 avril 1904 (Le Droit, 16 juillet) ; *Paris Liquidation* Rennes, 30 avril 1910 Arnales de la Propriété Industrielle 1910-1-150.

question d'attribuer de dommages intérêts à celui qui l'a employé le premier. Pour la même raison, on ne saurait en interdire l'emploi aux autres commerçants, quand cet emploi est destiné à désigner l'établissement qu'ils exploitent ou la marchandise qu'ils écoulent. Dans les cas d'espèces que nous avons cités l'application du principe était simple et elle s'imposait. Mais, il n'en est pas toujours ainsi.

Des cas peuvent se présenter, nous l'avons dit, où la dénomination vulgaire et même nécessaire devient spéciale en raison d'un usage exclusif, pendant un temps plus ou moins long. Précisément, ce sera le rôle du juge de déterminer si l'usage a été suffisamment long pour entraîner le droit à l'usage exclusif. Le cas d'espèce devra chaque fois être apprécié. Tel est le cas de cet arrêt de la Cour de Paris, en date du 8 juillet 1910 (1), qui décide : que si la dénomination *Au Planteur* est un nom générique de fantaisie, pouvant s'appliquer à la vente de nombreuses denrées coloniales, il n'y en a pas moins concurrence déloyale dans le fait d'ouvrir, sous l'enseigne *Au Nouveau Planteur*, une maison analogue située dans le voisinage immédiat de la première, dont l'aspect général présente avec elle des similitude voulues, et de nature à amener entre les deux maisons une confusion qui s'est d'ailleurs produite. Le Tribunal de Commerce de Marseille a rendu un jugement en ce sens, dans une espèce semblable. La décision est récente (Marseille, 31 décembre 1924, *Themis*, 14 mars 1925) ; elle déclare qu'il y a concurrence déloyale à adopter, dans le commerce de café, la dénomination *Le Colon Provençal*, alors qu'un autre commerçant en café a déjà fait usage de la dénomination *Le Colon*. Il y a concurrence déloyale, malgré l'adjonc-

1) « *Annales de la Propriété Industrielle* », 1910, p. 222.

tion du qualificatif Provençal, *d'autant qu'il n'y a pas de colons en Provence.*

Dans les deux décisions que nous venons de rapporter, il apparaît qu'une dénomination générique peut être protégée. C'est qu'alors, elle est devenue une dénomination spéciale. Ces décisions ne diminuent donc en rien la portée du principe que pose la jurisprudence. Précisément, ce sera la tâche des juges d'apprécier si, dans les circonstances de fait, la dénomination est nécessaire ou vulgaire, ou si elle est spéciale. Chaque fois qu'elle sera tenue pour spéciale, elle sera protégée s'il lui a été porté atteinte, et les cas qui illustrent cette hypothèse rentrent dans le cadre de l'étude que nous ferons plus loin, en étudiant la notion du mot-vedette. Mais le principe reste entier, il ne saurait être question d'interdire à quiconque l'usage d'une *dénomination nécessaire*, et, à plus forte raison, d'attribuer des dommages intérêts à celui qui l'a employée le premier et, de ce fait, prétend en avoir l'usage exclusif. Cette dénomination étant *nécessaire*, ne saurait faire l'objet d'un droit exclusif, la question ne se pose donc pas de le protéger.

En dehors du cas où le droit exclusif à une dénomination n'existe pas et ne peut pas exister, parce que l'objet même n'est pas susceptible d'un tel droit, il est d'autres circonstances où les juges devront, à priori, rejeter la prétention du demandeur parce que, sans préjudice des autres conditions qui peuvent ne pas être remplies, la condition fondamentale de la confusion par le préjudice ne peut pas se poser, les deux entreprises s'adressant à une clientèle manifestement différente.

Voici des cas d'espèce :

Une compagnie d'assurances, répondant à la dénomination de « La Centrale », ne peut empêcher

une autre *compagnie d'assurances* de prendre le même nom alors que la première est une compagnie *d'assurances maritimes* et la seconde une compagnie *d'assurances contre l'incendie* ; cela, parce qu'il ne peut y avoir en ce cas confusion entre les établissements qui ne couvrent ni les mêmes risques ni les mêmes objets (1).

Dans le même sens nous trouvons au Sirey de 1923 (première partie, page 194), une décision de la *Cour de Cassation* qui déclare qu'il ne peut y avoir confusion entre les deux raisons sociales « Agences Nationales dépêches Daziel » et « Agence Nationale d'affichage », d'autant que l'une est une agence d'information et l'autre une agence d'affichage.

S'il est juste de remarquer que c'est le mot d'*Agence Nationale*, lequel peut être considéré comme une dénomination nécessaire, qui a pu influencer, et à juste titre, sur la décision de la cour de cassation, on ne saurait méconnaître, puisque la décision le dit elle-même, qu'elle est motivée aussi par cette considération qu'il s'agit d'un rayon d'action différent.

Ces deux décisions sont très significatives puisque, malgré que le demandeur et le défendeur se livrent à des occupations d'un *genre* identique, la confusion n'est pas reconnue possible et partant le préjudice, pour la raison que ces occupations diffèrent quant à *l'espèce*. Dans le premier cas, il importe peu qu'il s'agisse de deux compagnies d'assurances, puisque les deux espèces d'assurances sont différentes. Ainsi en est-il dans le second cas, de deux agences de publicité. La raison en est évidemment que les deux maisons s'adressent nécessairement à des clients différents.

1) Trib. Comm. Seine, 23 mars 1864. Ann. Prop. Indust. 1864, page 141.

Ces deux décisions peuvent être critiquées quant à la façon dont elle résolvent le problème d'espèce : mais (et pour ce qui nous occupe cela seul est à considérer), le principe en vertu duquel elles dorment une pareille solution est absolument intangible. Il n'importe donc, par exemple, qu'au point de vue des faits le magistrat n'ait point tenu compte de ce qu'il pouvait y avoir confusion en dépit de l'espèce différente d'occupations. M. Pataille (1), qui cite également la première décision rapportée, fait suivre cette décision d'une critique d'ordre plus général :

« Nous sommes peu touchés, dit-il, de cette circonstance, dans l'espèce, que les risques assurés n'étant pas les mêmes, les deux compagnies ne se font pas concurrence. Outre que l'opposition d'intérêts pourra naître un jour, n'est-il pas important pour toute compagnie commerciale de pouvoir ne pas être confondue avec une autre. Est-ce que le crédit d'un établissement commercial n'exige pas que le public ne puisse pas lui imputer des actes de gestion ou de pertes qui ne lui appartiendraient pas. Et, d'un autre côté, est-il juste qu'un établissement nouveau profite, même pour des opérations différentes, du crédit qu'a su acquérir le premier ».

Nous ne voulons pas méconnaître la portée de cette critique, mais voici ce qu'on y peut répondre : Certes, il n'est pas juste qu'un établissement puisse être confondu avec un établissement dont la gestion est malhonnête ou infructueuse ; certes, il n'est pas équitable que ce dernier établissement profite de la réputation du premier. Mais, encore faut-il ne pas oublier que, dans la répression de la concurrence dé-

1) Pataille « Annales de la Propriété Industrielle », 1870, p. 159.

loyale, le souci dominant n'est pas d'empêcher un établissement de profiter d'un renom, c'est de l'empêcher d'en profiter *au détriment d'autrui*. Le point de départ ce n'est pas le bénéfice injustifié d'un autre, c'est le dommage subi par le premier en titre. Confondre les deux, conduit à l'erreur.

D'autre part, s'il est évidemment fâcheux qu'on puisse confondre, dans une même désapprobation, deux établissements portant une désignation similaire, on peut remarquer: 1° Que ce cas est rare; 2° Que c'est un cas *d'espèce* dont la jurisprudence pourra tenir compte chaque fois qu'il se présentera. *Enfin et surtout, il s'agit là d'un impondérable qui doit fléchir devant le principe d'une portée beaucoup plus générale de la liberté du commerce et du libre choix du nom.*

Ainsi, on peut dire que, quelles que soient les circonstances d'espèce dans lesquelles la jurisprudence aura à l'appliquer, le principe reste absolu que l'intérêt ou plutôt le préjudice est la mesure de l'action.

Mais, en est-il du préjudice éventuel comme du préjudice existant. Il a été jugé dans ce sens que, pour entraîner l'application des articles 1382 et 1383 du C. C., il suffit qu'il existe un préjudice éventuel pourvu que ce préjudice soit sérieux et imminent (Tribun. de Commerce de Gien, 2 août 1898. Tixier Rev. dr. comm. ind. et marit. 98.207). A notre avis, une pareille décision ne saurait être approuvée. Il est évident qu'il y aurait intérêt à prévenir le préjudice au lieu de le réparer. Mais on ne saurait raisonnablement s'appuyer sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil, car ils disposent que tout dommage causé à autrui oblige celui qui l'a causé à le réparer ; il ne parle pas du préjudice éventuel. En France, nous ne disposons, dans l'état actuel de notre droit,

d'aucun texte qui permette de prévenir la concurrence dommageable.

A plus forte raison, en est-il ainsi d'une dénomination dont le titulaire n'aurait pas encore fait usage. Citons, avec M. POUILLET, ce jugement du Tribunal civil de Besançon (1), qui décide qu'une société ayant pour objet la fabrication des soies artificielles à base de nitro-cellulose, ne saurait faire grief à une autre société de même nature, à l'occasion de faits qui se sont produits avant qu'elle eut elle-même commencé son exploitation industrielle ; ces faits n'ont pu lui nuire puisqu'elle n'avait pas encore d'existence commerciale.

« S'il en a été jugé ainsi, déclare M. POUILLET, c'est qu'en principe, l'action en dommages-intérêts pour concurrence déloyale suppose que le défendeur s'est rendu coupable d'un délit ou d'un quasi-délit et, d'autre part, qu'il a ainsi causé un préjudice au demandeur. L'absence de ces deux éléments doit donc faire écarter cette action. »

Si nous trouvons équitable le jugement cité par M. POUILLET, nous ne pensons pas qu'ils se justifient par les raisons qu'il indique. Sans doute, ces raisons seraient parfaitement suffisantes, mais la véritable justification est beaucoup plus simple. Il ne peut être question de préjudice à réparer, parce que le droit au nom n'existe pas, parce qu'il ne s'acquiert que par l'usage et que, *a priori*, l'usage fait ici défaut.

Tels sont les cas où, *a priori*, les juges devront repousser la prétention du demandeur parce qu'il ne justifie pas, et que, dans des circonstances semblables, il ne saurait jamais justifier d'un préjudice, la confusion étant, *a priori*, impossible.

1) Tribunal Civil Besançon, 22 mars 1906, M. Lyon, 10 sept.

CHAPITRE II

Des décisions relatives à l'usurpation du nom ou de la raison commerciale

§ I. — USURPATION DU NOM.

Nous savons que l'usurpation du nom d'un *fabri-*
cant, est punie aux termes de la loi de 1824. Encore
faut-il que cette usurpation revête certaines formes :
apposition, addition. L'usurpation du nom du com-
merçant, bien qu'elle soit la forme la plus caractéris-
tique, la plus brutale et la plus répréhensible des con-
currences déloyales, n'est protégée qu'en vertu du
principe d'équité contenu dans l'article 1382. Il n'y a
donc pas de différence avec les autres formes de con-
currence déloyale, tout au moins quant au principe
même de la protection.

Dans la pratique, il est évident que les tribunaux
sont très sévères à l'égard de ces usurpations, d'abord
parce qu'elles sont un insolent défi au principe de la
concurrence honnête, l'élément de mauvaise foi étant
presque toujours réalisé, et aussi parce que, dans l'es-
pèce, l'application du principe de la protection du
droit au nom ne rencontre aucun obstacle, qu'il ne
se heurte à aucun autre principe, tel que ceux que
nous verrons apparaître bientôt dans des cas plus
complexes et plus difficiles.

Ayant toute latitude et, d'autre part, sentant la nécessité d'une condamnation, les juges, dans la pratique, se montreront plus sévères, et cette sévérité trouvera notamment son expression dans l'attribution d'un quantum plus élevé des dommages-intérêts. Par là, ils peuvent assurer au nom, contre cette forme de concurrence déloyale, une protection plus efficace, sinon différente quant à sa nature même.

Quelque caractéristique que puisse être cette forme d'atteinte au nom, il ne convient pas d'y consacrer de longs développements. En effet, la répression en est facile, constante et sévère. Celui qui s'en est rendu coupable, ne peut arguer d'aucun droit qui puisse faire obstacle à la juste décision du juge. C'est dire que le cas sera peu fréquent, car le concurrent déloyal qui prévoit l'action en justice, préfère se réserver une situation moins nettement défavorable, et nous verrons qu'il peut y parvenir assez facilement. La fréquence de pareils actes est donc quasi nulle. Comme, d'autre part, leur répression ne soulève aucune difficulté, on comprend qu'il n'y ait point lieu de s'y arrêter outre mesure.

Très voisin du cas d'usurpation du nom est celui de l'emprunt d'un nom presque semblable, l'emprunteur ayant pris soin, en changeant l'ordre des lettres, d'en modifier l'orthographe, sans modifier la consonance ou réciproquement. Ces cas où le danger de confusion est tout aussi grand sont plus fréquents que les précédents. Sans doute, n'est-ce point le dernier mot, le fin du fin, en matière de concurrence déloyale. La fréquence de pareils cas, quoique plus grande que celle des cas précédents, est encore relative. D'autre part, le juge n'a aucun peine à reconnaître la mauvaise foi de l'emprunteur. C'est en vain que celui-ci arguerait du principe du libre choix du nom. On peut citer à titre d'exemple l'emprunt de la

dénomination Wienen, alors qu'il existe un commerçant pratiquant le même genre de commerce sous le nom de Weynem (1). De même, l'emploi du nom de Peter, alors qu'il existe un Preterre (2), celui de Deville alors qu'il existe un Désilles (3).

Il est manifeste que le nom a été choisi tel, dans le but d'attirer tout ou partie de la clientèle destinée au commerçant titulaire du nom imité. Une imitation aussi servile devra être assimilée à l'usurpation du nom. La faculté du juge ne sera limitée par aucun obstacle, le défendeur ne pouvant exciper d'aucun argument de bon aloi.

Là encore, point de difficultés, donc peu d'intérêt. Il en est de même du cas où l'imitation est moins servile, mais où le nom choisi par le concurrent déloyal est tel qu'il peut tout de même être confondu avec le premier. Dans ce sens, il a été jugé que constitue un acte de concurrence déloyale donnant ouverture à une demande en dommages-intérêts, le fait d'avoir usurpé le nom commercial d'un assureur afin de créer une confusion dans la clientèle par l'usage d'un nom à peu près semblable au sien.

Sans doute, l'appréciation est plus délicate, mais une fois ce point de fait établi, le juge n'aura plus qu'à appliquer le principe. S'agissant toujours pour le concurrent d'un nom d'emprunt, il n'y aura aucune difficulté à ordonner des modifications à la dénomination choisie ou même à en interdire absolument l'usage.

1) Comm. Seine, 22 septembre 1833. (Gaz Trib. 24 juillet).

2) Paris 18 juillet 1861. Journal des Tribunaux de Commerce, 10.457.

3) Paris 3 juillet 1890 « Annales de la Propriété Industrielle », 1891, p. 84.

§ II. — USURPATION DE LA RAISON COMMERCIALE.

Les cas où le nom est usurpé sont relativement rares. En effet, quel que soit en France l'étendue du principe de la liberté du choix du nom commercial, l'usurpateur aura, au procès, une position meilleure si le litige porte sur une appellation de fantaisie au lieu de porter sur le véritable nom du commerçant.

Indépendamment de cette considération, il convient de remarquer que l'appellation de fantaisie se trouve jouer à la fois le rôle de raison commerciale et d'enseigne. Et, c'est un point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, il n'est pas douteux que l'enseigne a une valeur attractive bien supérieure à celle de la raison commerciale. C'est notamment le cas pour des magasins comme *La Samaritaine*, *Le Louvre*, *La Belle Jardinière*. Quelqu'un saurait-il contester le pouvoir d'attraction de telles enseignes ?

Des concurrents de bonne ou de mauvaise foi n'ont pas manqué de s'apercevoir de ce dernier avantage. Pour cette raison et pour celles que nous indiquons plus haut, les cas d'usurpation de raison commerciale sont assez fréquents et nous avons trouvé dans la jurisprudence des décisions assez nombreuses dont voici les plus nettes et les plus récentes :

Le Tribunal civil de Troyes, jugeant commercialement, a dû se prononcer dans un jugement (devenu définitif) dans une espèce où les grands magasins de la Samaritaine avaient intentés à la Société anonyme des Grands Magasins Jory et Prieur, une action tendant à leur interdire l'usage de la raison commerciale et de l'enseigne *A la Samaritaine*. Il n'était pas contesté par la Société Jory et Prieur qu'elle exploitait, à Troyes, un magasin de nouveautés sous l'enseigne *A la Samaritaine*, que certaines étiquettes, em-

ployées notamment sur les coupons de soierie, portaient l'inscription : *A la Samaritaine*, qu'enfin la même inscription se trouvait sur les papiers à lettre, enveloppes ou bagages.

Sur ce, le Tribunal (1) : « Attendu que la dénomination *Samaritaine* est la raison commerciale sociale sous laquelle la Société COGNACQ et Cie et ses auteurs, M. et Mme COGNACQ, exploitent et ont exploité leur fonds, et qu'elle a incontestablement le droit de la faire respecter, tant au point de vue de la loi du 28 juillet 1824, que de l'article 1382 du Code civil.

Que la Société Jory et Prieur a usurpé cette raison de commerce en l'appuyant sur ses produits, en violation des termes formels de l'article premier de la loi du 28 juillet 1824, qu'elle a commis la même usurpation sur les papiers de commerce. Attendu, pour l'enseigne, que la Société COGNACQ est bien fondée, à demander l'interdiction d'en faire usage à la société défenderesse.

Par ces motifs,

Dit que la dénomination constitue la propriété de la Société COGNACQ, ainsi que l'enseigne.

Dit que la Société Jory-Prieur a porté atteinte aux droits de la Société Ernest COGNACQ et Cie.

Lui fait défense de renouveler ces actes à l'avenir et d'utiliser à un titre quelconque, pour les besoins de son commerce, la dénomination « Samaritaine », ou tout autre expression dans laquelle se trouverait compris le mot caractéristique « Samaritaine ».

Dit que le mois du présent jugement, elle sera tenue de faire disparaître le mot « Samaritaine » de toute enseigne, raison de commerce, marque de commerce, catalogue, publicité, papier de commerce, etc..

Dit n'y avoir lieu à aucune publicité.

Et la condamne à un franc de dommages-intérêts. »

1) Trib. Civ. Troyes, 23 juillet 1923. « Annales de la Propriété Industrielle », février 1.926.

Il y a deux choses à remarquer dans ce jugement, c'est d'abord le chiffre de un franc de dommages-intérêts, condamnation seulement de principe, eu égard à la bonne foi. Il en sera toujours ainsi quand la bonne foi sera prouvée, nous y reviendrons plus loin (1).

Ensuite (et c'est surtout ce qui nous intéresse présentement), c'est que le Tribunal n'a pas hésité à interdire absolument l'usage du mot *Samaritaine*, à titre de raison de commerce ou d'enseigne.

Nous retrouvons le principe de cette condamnation dans une décision du Tribunal civil de Rethel (jugant commercialement), en date du 3 juillet 1925, dans une affaire COGNACQ et Cie contre BASTIEN et LEMARCHAND.

L'espèce est à peu près la même. Voici la condamnation :

Dit et juge que par un usage ininterrompu de 55 années, la Société intervenante a acquis sur l'expression *Samaritaine* prise comme enseigne et comme raison de commerce, des droits dont elle est fondée à assurer le respect.

Dit que la dénomination *Samaritaine*, constitue la raison de commerce de la société intervenante, qu'elle en a la propriété exclusive, qu'elle est fondée à interdire l'usage de la dénomination *Samaritaine*.

Dit que par l'utilisation de son enseigne et de sa raison de commerce, MM. LEMARCHAND et BASTIEN ont commis à l'encontre de la Société intervenante un acte de concurrence déloyale.

Fait défense à M. Bastien et à M. Lemarchand de continuer leurs agissements et d'utiliser pour le besoin de leur commerce, à un titre quelconque, à Ré-

1) A moins que le dommage soit considérable, mais ce dernier cas se réalise rarement au cas de bonne foi du concurrent.

thel, ou dans tous autres lieux, les dénominations *La Samaritaine* ou *A la Samaritaine*.

Condamne en outre Bastien et Lemarchand chacun à un franc de dommages-intérêts. »

La condamnation à un franc de dommages-intérêts, justifiée dans le présent jugement, attirerait ici une critique, si l'on s'appuyait sur l'expression concurrence déloyale pour en exclure l'élément de bonne foi.

Or, il ne faut voir dans l'emploi de cette expression par le jugement qu'une confusion, d'ailleurs critiquable, avec le terme de concurrence illicite. Les attendus du jugements ne laissent aucun doute sur le point de savoir si les juges reconnaissent la bonne foi des défendeurs. Ils la reconnaissent et, à juste titre, semble-t-il. En effet, le caractère même de la procédure en est ici une preuve. Ce n'est pas la Société Cognacq et Cie qui a assigné les sieurs Lemarchand et Bastien, mais bien M. Bastien qui a assigné M. Lemarchand. La Société Cognacq n'est qu'intervenante. Cette particularité incite fortement à faire présumer, de la part de M. Bastien au moins, la bonne foi la plus absolue. C'est ce que le tribunal admet implicitement pour lui-même et pour M. Lemarchand. L'expression concurrence déloyale est une maladresse. Elle nous est l'occasion d'illustrer l'affirmation que nous faisons plus haut, à savoir que l'on emploie souvent à tort, dans certains cas, l'expression concurrence déloyale, au lieu de l'expression plus juste de concurrence illicite.

Cette remarque faite, retenons que comme précédemment, l'élément de bonne foi influe sur le quantum des dommages-intérêts attribués. Comme précédemment encore remarquons que les juges n'ont fait aucune difficulté pour interdire absolument l'usage de la raison commerciale et de l'enseigne.

Ces décisions que nous venons de signaler émanent de tribunaux de commerce et elles ne sau-

raient avoir une grande valeur si elles n'étaient en parfait accord avec la jurisprudence constante. Mais, telles, elles ont le mérite, étant récentes, d'illustrer le principe et d'une façon si précise qu'elles ont pu être appréciées par la doctrine. (1).

Citons maintenant un arrêt très intéressant de la Cour d'appel de Colmar (2). Il est très récent, puisqu'il date de 1926. Il est aussi très complet et nous aurons, au cours de cette étude, à le mettre souvent à profit.

Appel avait été interjeté par les Grands Magasins « Au Louvre » de Mulhouse d'un jugement du Tribunal de Mulhouse qui les condamnait à ne plus employer la dénomination « Louvre », considérée comme la propriété exclusive de la Société Anonyme des Grands Magasins du Louvre à Paris.

En ce qui concerne la propriété de la dénomination, les points pris en considération par la Cour sont les suivants :

Que la maison de nouveautés connue sous la dénomination « Louvre » a été fondée en 1855 à Paris ; qu'elle était connue en Alsace-Lorraine, dès avant 1870, que son commerce s'est prolongé après 1871, quoique avec un certain ralentissement, et qu'il a repris son extension après un arrêt forcé pendant la guerre. Que de nombreuses décisions françaises et quelques-unes étrangères ont attribué la propriété de la dénomination « Louvre » à cette maison. Que l'enseigne d'une maison et sa raison commerciale sont protégées par l'antériorité de l'usage et que celui qui les a employées le premier peut en revendiquer la propriété contre tout tiers qui s'en sert *de bonne ou de mauvaise foi*.

1) « Annales de la Propriété Industrielle », février 1926. Note sous le jugement.

2) D. H. 1926, I, p. 571.

En ce qui concerne les faits constitutifs de la concurrence illicite.

Qu'en 1923, postérieurement à l'usage fait par la maison du Louvres de Paris, les magasins « Abraham Dreyfus Soldgeschäft » à Mulhouse ont pris la dénomination « Louvre », en 1903 sous la forme « Kaufhaus zum elsassischen Louvre », en 1912 sous la forme « Warenhaus Louvre » jusqu'en 1915, époque où, bien que mêlée à des mots allemands, elle disparaît jusqu'au 18 novembre 1918, jour où le magasin s'ouvre à nouveau sous la dénomination « Grands Magasins du Louvre, gros et détail, Abraham Dreyfus ».

Que, à partir de 1920, la maison Dreyfus, qui avait prospéré elle aussi, fit apparaître la dénomination « Louvre » sur toutes publicités, catalogues, réclames, étiquettes apposées sur les objets vendus, — de telle façon qu'on peut bien croire que ces papiers sont ceux du Louvre de Paris, de même que la raison et la marque commerciale de celui-ci.

En réponse à l'invocation de ces faits le Louvre de Mulhouse (Abraham Dreyfus) prétendait qu'il avait droit à la dénomination, *l'ayant choisie librement ainsi qu'il est licite*.

En ce qui concerne l'enseigne, il prétendait que la protection n'était accordée à celui qui la demande que pour éviter une confusion et qu'il suit de cette idée que le principe relatif à l'enseigne est restreint à la localité dans laquelle est situé l'établissement qu'elle désigne.

A cela la Cour répondait tout d'abord, en ce qui concerne l'enseigne, que désormais, et suivant une jurisprudence constante, l'enseigne doit être protégée là jusqu'où s'étend l'intérêt de la maison qu'elle désigne; qu'il était évident, les affaires du Louvre de Paris s'étendant sur le monde entier, qu'elles s'éten-

daient aussi sur l'Alsace et la Lorraine, et que par-tant la protection y devait être assurée; que s'il se pouvait que le client habituel ne fit pas la confusion, il n'en était pas de même du touriste et de l'étranger et que ceux-ci pouvaient bien croire, en se référant à l'enseigne, à l'existence d'une succursale du Louvre de Paris; que cette confusion était rendue plus facile par le fait que le Louvre de Mulhouse avait inscrit au front de sa porte principale les mots « Société Anonyme » qui est justement la forme de société choisie par la firme parisienne.

Or, il suffit, disait la Cour, qu'une confusion soit possible pour que le propriétaire soit en droit d'en demander la suppression à celui qui s'en sert à tort, sinon frauduleusement.

En ce qui concerne la raison commerciale, la Cour opposait aux arguments du Louvre mulhousien.

Que les principes applicables à l'enseigne le sont aussi à la dénomination ou raison commerciale, que celle-ci ne nécessite pas plus de dépôt que l'enseigne; que pour que la dénomination appartienne à un commerçant il suffit qu'il fasse la preuve de son antériorité quant à cet usage.

Que la dénomination commerciale était protégée par la loi de 1824 (1), et qu'au surplus la convention du 20 mars 1882 dispose nettement que la dénomination commerciale sera protégée dans tous les pays de l'Union sans obligation de dépôt, qu'elle fasse partie ou non d'une marque de fabrique ou de commerce.

Que, en tous cas, c'était à bon droit que le Louvre de Paris protestait contre l'usurpation à Mulhouse de son enseigne et de sa raison commerciale.

Par ces motifs, l'arrêt de Colmar confirme le ju-

1) Nous avons discuté cette attendu en étudiant la loi de 1824.

gement entrepris qui fait défense à la maison Abraham Dreyfus de Mulhouse d'employer à l'avenir, pour les besoins de son commerce, la dénomination « Louvre » ou l'emploi de ce mot dans une dénomination quelconque et la condamne à un franc de dommages-intérêts.

Ainsi voilà un arrêt fort bien motivé qui, en dépit de la parfaite bonne foi du concurrent, interdit absolument l'emploi de la raison commerciale. Comme précédemment, la bonne foi du concurrent n'est prise en considération qu'en ce qui concerne l'attribution des dommages-intérêts.

Donc la jurisprudence est constante à cet égard. Chaque fois qu'un commerçant aura choisi comme raison commerciale celle d'un établissement déjà existant, l'usage lui en sera interdit sous toutes ses formes indépendamment des dommages-intérêts auxquels il peut être condamné et qui seront généralement tributaires de la bonne ou de la mauvaise foi.

Il en est ainsi parce que c'est le moyen le plus simple d'éviter la confusion. Mais ce résultat radical ne peut être atteint que parce que, ce faisant, les juges ne se heurtent à aucun obstacle. Quelle que soit la liberté de choisir son nom commercial, elle ne saurait aller jusqu'à prendre impunément celle d'un autre. Chaque fois qu'il en sera ainsi, les juges devront, pour protéger le droit du titulaire, interdire l'usage de cette dénomination; et pour cela leur tâche sera des plus simples chaque fois que celui contre lequel la décision doit être prise n'a de son côté aucun droit sur le nom.

Nous allons voir qu'il n'en est pas toujours ainsi.

CHAPITRE III

Des homonymes ou du conflit de droit

Nous avons fait remarquer, en commençant cette étude, que si le choix du nom commercial était absolument libre en droit français, il arrivait le plus souvent que ce choix portait sur le nom patronymique.

Cela est fort compréhensible. Si on prend le cas d'un commerçant qui s'établit pour la première fois, son seul garant, son seul titre à la confiance publique c'est son passé dans la vie courante, la réputation d'honnêteté et de conscience qu'il a pu contracter sous son nom, lequel peut être considéré comme le fanion de sa personnalité.

La jurisprudence reconnaît, nous l'avons vu, au droit au nom patronymique, la nature juridique du droit de propriété, elle en assure la protection en tout état de cause, et il n'est pas besoin pour celui qui revendique l'exclusivité de ce nom de faire la preuve du préjudice que son usurpateur lui cause. Cela étant acquis, quels sont les conflits qui peuvent naître entre deux homonymes, dont le nom sert de désignation à deux commerces semblables.

Le conflit peut naître entre deux commerçants

exerçant eux-mêmes le commerce et titulaires tous deux d'un nom semblable.

Il peut naître entre un commerçant exerçant personnellement et seul, et une société qui a mis en vedette, dans sa raison sociale, le nom d'un associé, lequel se trouve être semblable au nom de ce commerçant. Si l'individu dont le nom a été mis en vedette prend une part active dans la société, le conflit est de même nature que précédemment. Mais le conflit peut naître entre un commerçant exerçant effectivement le commerce et une société qui a mis en vedette le nom d'un associé qui, en fait, ne prend aucune part active à l'exploitation.

Or, la jurisprudence décide :

Dans le premier cas, qu'il ne pourra jamais être question, quelle que soit la mauvaise foi et l'intention frauduleuse du concurrent déloyal, de lui interdire l'usage de son nom — *à fortiori* quand la concurrence sera non pas déloyale, mais seulement illicite. On ne saurait qu'ordonner des mesures propres à éviter la confusion, mesures qui devront laisser subsister le nom.

Dans le deuxième cas elle décide que le nom mis en vedette dans la raison sociale pourra être supprimé.

Ainsi que nous tâcherons de le démontrer, les décisions de la jurisprudence en cette matière difficile sont subtiles et parfaitement justifiables. Seulement nous prétendons qu'elles ne sont pas toujours justifiées, à savoir : que les principes susceptibles de les rendre absolument inattaquables ne sont pas toujours et complètement mis en lumière. On a fait remarquer, très justement (1), que la jurisprudence

1) Chauveau. Note sous arrêt Cour Appel Alger, Dalloz, périodique de 1927, 2^e partie, page 145.

justifie les décisions où elle déclare ne pouvoir ordonner la suppression du nom, en s'appuyant sur le droit de propriété que chaque individu a sur le nom.

Or, nous prétendons que ce principe du droit de propriété sur le nom commercial, principe auquel nous nous sommes ralliés, ne suffit pas à justifier l'attitude de la jurisprudence dans toutes les hypothèses où peut naître un conflit de droit, et que ce principe est même en contradiction évidente avec certaines décisions où la suppression du nom a été prononcée.

On échappe à cette contradiction si on justifie les décisions de la jurisprudence par cette considération que l'abus du droit de propriété entraîne la suppression du nom chaque fois que cette suppression n'équivaut pas à une interdiction de faire le commerce. C'est ce que nous essaierons de démontrer plus loin.

I. — *Des cas où le concurrent est de bonne foi.*

Un commerçant vient à s'établir, sous son nom patronymique. Plus tard, il apprend, soit *coram populo*, soit par assignation, qu'un commerçant pratiquant le même commerce que lui était déjà établi sous ce nom. Supposons qu'il continue à être de bonne foi. Il aura soin de le déclarer au cours de l'instance engagée et tout en manifestant son intention de conserver le nom qui l'identifie, il pourra demander acte de ce qu'il se déclare prêt à différencier son nom de celui du commerçant premier titulaire, par des additions dont le Tribunal pourra apprécier la nature et le nombre.

Ce sera pour le Tribunal, le cas typique dans lequel il pourra octroyer le franc de dommages-intérêts. Il n'en serait pas ainsi si le préjudice causé était consi-

dérable, car l'auteur de l'acte dommageable, aux termes même de l'article 1382, est responsable, quelle que soit sa bonne foi. Mais en pareille hypothèse, il y a toutes chances pour qu'il n'en soit pas ainsi, à supposer, ce qui est presque toujours le cas, que le premier titulaire n'a pas mis longtemps à s'apercevoir du préjudice et à intenter l'action.

A la vérité, l'hypothèse de la bonne foi parfaite chez le deuxième commerçant est rare. Ou bien ce dernier n'a pas connu la réputation du premier commerçant et, s'il en est ainsi, il est vraisemblable que cette réputation n'est pas susceptible de justifier une action résultant de la confusion, ou bien il l'a connue, et alors il est presque toujours de mauvaise foi ; il n'est plus question que de l'étendue de sa mauvaise foi.

Cela est si vrai, que dans la pratique, on éprouve une certaine difficulté à trouver des décisions de jurisprudence dans lesquelles il soit reconnu que l'auteur de la concurrence dommageable ait été d'une bonne foi parfaite. Ici, plus encore qu'en matière de raison commerciale, le concurrent va sentir toute la force de sa position. Non seulement, il peut arguer de la liberté du choix du nom, mais encore il peut exciper du droit de tout individu sur son nom patronymique.

La tentation est la même, le bénéfice éventuel aussi grand, le risque est moindre, toutes raisons pour que les cas de concurrence déloyale de ce genre soient fréquents.

II. — *Des cas où le titulaire du nom est de mauvaise foi ou de l'abus du droit au nom.*

Tout commerçant a le droit d'exercer le commerce sous son nom. Ce droit au nom, nous avons vu que la

jurisprudence le considère comme un droit de propriété. Mais chaque fois que le commerçant fait usage de ce nom, sachant que cet usage apportera une confusion dans l'esprit de la clientèle entre le nouvel établissement qu'il fonde et un établissement plus ancien, on peut dire qu'il abuse de ce droit.

Telle est la théorie de la jurisprudence, ainsi qu'elle se dégage des arrêts que nous allons examiner. Il n'est pas nécessaire, pour que l'abus du droit existe, que le nom patronymique ait été utilisé *uniquement* en vue d'une confusion préjudiciable. Il suffit qu'il soit à la connaissance du concurrent que l'exercice du commerce, sous le nom et dans la forme qu'il a choisis, amènera nécessairement une confusion préjudiciable au premier titulaire. Dès lors, son acte constitue un abus du droit aux termes de l'article 544 du Code civil (*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses POURVU QU'ON N'EN FASSE PAS UN USAGE PROHIBÉ PAR LES LOIS ET PAR LES RÈGLEMENTS*). Le fait pour ce commerçant d'avoir pour but unique de créer la confusion est particulièrement aggravant, mais on ne saurait dire que c'est lui, seul, qui constitue l'abus du droit. Cela dit, il est vrai que la forme la plus accusée de l'abus du droit est le fait pour le titulaire d'un nom patronymique, de prêter son nom à une entreprise ou à une société, lequel ne lui a été acheté qu'en raison de sa ressemblance avec un nom réputé, ou, d'une façon plus générale, de ne pas exercer réellement le commerce qui est sous son nom. Ici, tous les éléments constitutifs de l'abus droit sont réalisés, et, au surplus, nous verrons que la décision du juge ne sera pas gênée par le droit de l'individu à exercer le commerce sous son nom, puisque, précisément, cet individu n'exerce pas le commerce.

En présence d'un abus du droit au nom, quelle va être l'attitude de la jurisprudence.

Voici d'abord des décisions très intéressantes concernant une affaire Vve Erard contre Nicolas Erard. Elles sont anciennes, mais on peut les considérer comme les plus typiques au point de vue du conflit de droit et de l'abus du droit au nom. Au surplus, la Cour de cassation s'est prononcée deux fois sur le même cas, à un intervalle très bref.

Un marchand d'instruments de musique de Mulhouse, devenu graveur à Paris, s'avisa un jour que son heureuse homonymie avec la Vve Erard qui possédait une fabrique de pianos célèbres, depuis la fin du XVIII^e siècle, lui permettrait, grâce à la confusion, de détourner à son profit une partie de la clientèle de la maison réputée.

En 1869, premier procès. Le Tribunal de commerce de la Seine oblige le sieur Erard à ajouter son prénom « Nicolas » en toutes lettres et en caractères de même grandeur.

En 1871, un arrêt de la Cour lui impose la mention « Maison fondée en 1865 ».

En 1874, la maison Vve Erard ne trouvant pas ces distinctions suffisantes et prétendant que la concurrence déloyale continue, demande que Nicolas Erard soit privé de l'usage même de son nom.

Le Tribunal de commerce de la Seine (28 avril 1874) repousse cette prétention.

La Cour de Paris (arrêt du 29 juillet 1876) réforme ce jugement. Elle prononce la suppression du nom, déclarant qu'en présence des efforts persévérants d'une concurrence déloyale, qui se poursuit au moyen de la similitude de noms, c'est la seule mesure qui puisse contenir et réprimer la fraude.

Sur ce, pourvoi en cassation sur les moyens de la

violation des art. 544 et 1382 du Code civil. Les juges du fait, pour réparer un dommage et l'empêcher de se produire, ont prononcé à tort une véritable expropriation du nom.

Voici les termes mêmes de l'arrêt qui a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris (1).

« Attendu que tout individu qui *exerce réellement et personnellement un commerce ou une industrie, a le droit incontestable d'inscrire son nom patronymique sur ses enseignes, annonces, factures et sur les produits de sa fabrication* ; que cet emploi du nom patronymique est une des formes permises de la jouissance et de la disposition, *attributs essentiels de la propriété.*

Attendu qu'il appartient aux Tribunaux de réprimer l'abus qui serait fait de ce droit pour usurper, à l'aide d'une confusion frauduleuse, les avantages du crédit et de la réputation déjà acquise d'un tiers déjà connu sous le même nom : *Que si les pouvoirs des juges à cet égard doivent avoir toute l'étendue nécessaire pour assurer leur efficacité, ils ne sauraient aller jusqu'à priver un commerçant de la FACULTÉ DE SE SERVIR DU NOM QUI LUI APPARTIENT DANS LES FAITS ET ACTES DE SON COMMERCE par une interdiction absolue qui porterait atteinte à son droit de propriété.* Attendu que l'arrêt attaqué, *en même temps qu'il constate contre le demandeur l'existence de manœuvres répréhensibles et d'efforts persistants pour faire à la défenderesse une concurrence déloyale, reconnaît que le dit demandeur exerce à Paris, depuis 1867, le commerce de la fabrication et de la vente de pianos. Que dès lors..., l'arrêt attaqué a méconnu de droit de propriété du demandeur et a formellement violé l'art. 544 du Code civil. — Par ces motifs, casse. »*

1) Civ. 30 janvier 1878 D. P. 78, I, 231.

Se croyant fort de cet arrêt de cassation et se méprenant sur sa véritable portée, le sieur Nicolas Erard continua d'accomplir des actes de concurrence déloyale qui obligèrent la Vve Erard à intenter une nouvelle action. La Cour d'Amiens ordonna à Nicolas Erard d'éviter la possibilité de la confusion entre la vieille maison Vve Erard et la sienne et, pour cela, de faire figurer son prénom Nicolas en caractères plus gros que le nom d'Erard.

Sur quoi le sieur Erard, qui avait eu gain de cause dans son précédent procès, se pourvut en cassation sur les mêmes moyens de la violation des art. 544 et 1382, et des règles relatives à la propriété du nom patronymique.

Voici l'essentiel de l'arrêt (1) :

Attendu que l'arrêt constate en fait que Nicolas Erard se livre à une concurrence déloyale *au moyen de manœuvres persistantes et toujours plus audacieuses* ;

Atendu qu'il est de principe qu'en pareil cas les juges du fait *ont le droit et le devoir de prévenir la fraude par tous les moyens, sauf qu'ils ne peuvent prononcer contre un commerçant l'interdiction de se servir de son nom patronymique*. D'où il suit qu'en obligeant Nicolas Erard à donner plus d'importance à son prénom qu'à son nom, à se servir de caractères d'une certaine dimension et à ne mettre sa marque de fabrique qu'à certaines places, la Cour d'Amiens n'a point excédé ses pouvoirs et n'a violé ni les articles ni le principe invoqués par le pourvoi.

Par ces motifs, rejette.

1) Req. 15 juillet 1879 D. P. 80, I, 80 et Sirey 79, I, 398.

Ainsi, par ces deux arrêts rendus à peu d'intervalle dans deux différends où figurent les mêmes antagonistes, la Cour de cassation a pu affirmer :

1^{er} arrêt. — Que quelle que soit *la mauvaise foi* du concurrent *déloyal* ou les dangers pour le premier titulaire du nom de cette concurrence déloyale, on ne saurait lui interdire l'usage de son nom patronymique ; *et cela parce qu'il a sur ce nom un droit de propriété qu'il convient de ne pas violer.*

2^e arrêt. — Mais que, quel que soit le droit de tout commerçant sur son nom patronymique, il ne saurait prétendre à s'en servir pour accomplir des actes de concurrence déloyale et que, si les juges ne peuvent ordonner, en vue de faire cesser cette concurrence, la suppression du nom (1^{er} arrêt), ils doivent ordonner toutes autres mesures susceptibles d'y mettre fin.

Dans ce sens, s'est prononcé un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris, intervenu à l'issue d'un appel interjeté par le sieur Albert-Jules-César Pommery contre un jugement du Tribunal de commerce de la Seine, qui lui avait interdit l'emploi de son nom, dans l'exploitation du commerce des vins de Champagne (1). Le jugement du Tribunal civil a été infirmé sous l'empire des considérations suivantes :

La Cour reconnaît *qu'il n'est pas douteux que Pommery Jules-César a cherché à abuser la clientèle par l'étalage systématique du nom de Pommery*, que la simple adjonction d'un prénom ne différenciait pas suffisamment, que, par là, se trouve fondé le grief de concurrence déloyale relevé à sa charge par la Société Louis Pommery et Cie. Mais elle constate que les

1) Cour d'Appel de Paris, 1^{er} mai 1925. D. H. 1926, p. 414.

faits qui semblent avoir motivé le jugement du Tribunal de commerce, à savoir que le commerce ne serait pas effectivement exercé par Pommery Jules-César, mais que ce serait d'autres personnes qui l'exploiteraient sous le couvert de sa personnalité, que ces faits, disons-nous, ne sont pas prouvés

La Cour affirme qu'un abus commis dans ces conditions serait *particulièrement répréhensible*, mais que n'étant rapporté aucune preuve qu'il en soit ainsi, le jugement ne saurait être maintenu, *la Société intimée s'étant bornée à énoncer des suspicions, sans établir que Pommery (Albert-Jules-César) ne serait dans l'entreprise dont elle lui fait grief, qu'un simple prête nom.*

Dans ces conditions, dit la Cour, la décision des juges ne saurait être maintenue, « *car l'appelant a le droit incontestable de se consacrer à tout commerce de son choix, si limité qu'il soit et ce droit implique nécessairement celui d'exploiter le commerce sous son nom, dont l'usage ne saurait, d'une façon absolue, lui être interdit.* Mais il se trouve tenu de prévenir toute confusion entre son établissement et la maison de vins de Champagne, jouissant d'une réputation étendue sous le nom de Louise Pommery fils et Cie.

« Considérant que, *pour concilier les demandes de la Société Pommery fils et Cie, justement soucieuse de sa renommée commerciale, avec le droit qui appartient à César Pommery de faire le négoce sur son nom... il incombe à la Cour de déterminer les conditions dans lesquelles César Pommery pourra faire usage de son nom,* dit qu'à l'avenir l'appelant devra faire figurer sur ses annonces, après le mot Champagne ou vins mousseux, un qualificatif de fantaisie tel que New Star ou Rising Sein ; 2° sur

les deux lignes suivantes, en caractères de dimension et couleur uniformes, « Nouvelle maison fondée en 1913 par César Pommery ».

Nous croyons utile d'attirer l'attention du lecteur sur la façon (et c'est, à notre avis, la meilleure), dont cet arrêt justifie l'interdiction pour le juge d'ordonner la suppression du nom, même au cas où le titulaire s'en sert dans un but de concurrence déloyale. On ne saurait ainsi en décider parce que, dit-il, *l'appelant a le droit incontestable d'exercer tout commerce de son choix, si limité qu'il soit, et que ce droit implique nécessairement celui d'exploiter le commerce sous son nom, dont l'usage ne saurait, d'une façon absolue, lui être interdit.*

Dans le même sens, nous pouvons citer des décisions plus anciennes, mais dont la signification est tout aussi nette.

Par exemple, cette décision de la Cour de Paris du 18 août 1853 : On ne saurait interdire à une société de faire figurer dans sa raison le nom d'un de ses associés (1), *alors du moins que cet associé fait partie réellement de la maison et que rien ne prouve qu'il ne soit pas sérieusement intéressé. Cela est vrai, même au cas où cette raison sociale a été choisie dans un but de concurrence déloyale.* (Dans le même sens, Trib. Comm. Reims, 2 octobre 1868, *Gaz. Trib.* 24 oct., et Trib. Comm. Seine, 12 mars 1910, *Ann. Prop. Ind.*, 1910-2-60.)

Il convient maintenant de faire le point. Dans les arrêts que nous venons de citer, les juges ont reconnu :

1) « Journal des Tribunaux de Commerce », 2.355 et Pouillet, p. 792, n° 960.

Qu'il y avait *concurrence déloyale*, que l'usage fait du nom *était abusif*.

Mais que cela ne permettait pas d'interdire absolument l'usage du nom du commerçant qui exerçait le commerce sous son nom.

Il est maintenant des cas où les juges, non contents d'indiquer des mesures propres à éviter la confusion entre les homonymes, décident purement et simplement la suppression du nom. On va pouvoir remarquer qu'il en sera ainsi chaque fois que le titulaire du nom qui prête à confusion avec celui d'un commerçant précédemment établi, n'exercera pas effectivement et personnellement le commerce ainsi désigné qu'il ne prendra pas une part effective à la gestion de la société dans la raison sociale de laquelle son nom figure.

La décision la plus caractéristique à ce point de vue est l'arrêt JOB, en date du 27 octobre 1910 (1).

Voici les faits : Un serrurier du nom de Louis JOB, concédait, par acte sous seing privé à un sieur VALENTIN, le monopole de la vente des papiers à cigarette Louis Job, dont il se disait propriétaire. Cette concession était faite moyennant une redevance de 0 fr. 15 par boîte de cahier vendu, *stipulant en outre qu'il entendait rester complètement en dehors des opérations d'exploitation de sa marque, qui devait s'exercer aux seuls risques et périls du sieur Valentin, lequel avait, au surplus, le droit d'user de la signature Louis Job pour la correspondance.*

Le Tribunal correctionnel de la Seine avait, le 13

1) Dalloz 1912, 2, 235 et « Annales de la Propriété Industrielle » 1910, p. 174. Un premier jugement Job a été rendu dans le même sens; l'espèce était analogue : Trib. Comm. Seine, 24 août 1853. « Journal des Tribunaux de Commerce », I, 453.

déc. 1909, condamné le sieur Valentin, à un mois de prison avec sursis et 300 francs d'amende, Louis Job à 50 francs d'amende, Nony et Javanaud à 300 francs d'amende.

Enfin, elle condamnait les quatre prévenus solidai-
rement à 2.000 francs de dommages-intérêts.

Appel fut interjeté.

Sur quoi la Cour déclara que si chacun a le droit de faire le commerce sous son nom personnel, il est manifeste que la loi n'a pas entendu couvrir la fraude, que les premiers juges ont établi formellement l'entente dolosive qui a existé entre Louis Job et Valentin, le but, *en se servant du nom de Louis Job*, de créer une confusion entre les produits de Valentin et ceux qui sont vendus par les consorts Bardou sous le pseudonyme de Job, que le pseudonyme est protégé au même titre que le nom patronymique.

Nous reprochons à cet arrêt de s'exprimer trop vaguement sur les motifs de sa décision, quand il dit : *Si chacun a le droit de faire le commerce sous son nom personnel, il est manifeste que la loi n'a pas entendu couvrir la fraude.* Il eut dû, à notre avis, indiquer en termes propres, que le principe de liberté du commerce ne saurait être invoqué pour louer son nom à un particulier ou à une entreprise et que ce principe autorisait seulement un commerçant à exercer personnellement et réellement le commerce sous son nom. L'occasion était belle. A notre connaissance, il n'existe pas, dans toute la jurisprudence une espèce où soit plus évidente l'abstention de toute activité commerciale de la part du prête-nom. En effet, le sous-seing privé stipule expressément que le sieur Louis Job entend rester complètement en dehors des opérations d'exploitation et que celles-ci devront s'exercer aux risques et périls du sieur Valentin.

Il n'est pas toujours aussi facile pour les juges d'établir que le titulaire du nom patronymique n'a fait que céder son nom et ne prend aucune part à l'entreprise. Ils n'ont pas toujours l'aveu du prête-nom, comme dans le cas que nous venons d'examiner. Mais, chaque fois que les juges auront la preuve de ce fait, ils devront ordonner la suppression du nom. C'est dans ce sens qu'a jugé la Cour de Paris, en date du 15 mars 1868, sur l'appel interjeté d'un jugement du Tribunal de commerce de Paris du 14 août 1867.

Voici l'espèce :

La Veuve Cliquot Ponsardin, dont la maison et le nom jouissent d'une grande notoriété dans le commerce des vins de Champagne, est décédée en 1866 et la société à laquelle elle avait donné son nom continua de subsister avec ses anciens associés et son gendre sous la dénomination « Werlé et Cie, successeurs de Vve Cliquot Ponsardin ». La veuve d'un sieur Louis Cliquot et un sieur Blondeau passèrent alors un acte qualifié société en nom collectif pour la fabrication et la vente des vins de Champagne, sous la raison sociale Vve Cliquot et Cie. Les sieurs Werlé et Cie ont poursuivi la suppression de cette dénomination.

Le 14 août 1867, le Tribunal de commerce de la Seine, *bien qu'ayant reconnu que la veuve Cliquot et Blondeau ne collaboraient pas au commerce de la société*, se bornait à ordonner qu'ils seraient tenus d'employer sur leurs étiquettes, factures, en-têtes... la raison sociale : *Blondeau Vve Louis Cliquot, maison fondée en 1867*, en lettres d'égale grandeur et d'égal caractère.

La Cour d'appel a décidé la suppression absolue du nom de la Vve Cliquot dans la raison sociale, et voici comment elle justifie sa décision :

« Considérant que la Vve Cliquot ne joue aucun rôle actif dans la société, qu'elle n'y a rien apporté si ce n'est son nom et l'autorisation de s'en servir pour faire le commerce des vins de Champagne ; que cette autorisation a été demandée et donnée dans le *but unique* de faire concurrence à la maison Werlé et Cie, successeurs de la dame Vve Cliquot Ponsardin, dont le nom jouit d'une notoriété considérable, dans cette branche de commerce, *qu'en réalité la Vve Cliquot ne fait pas personnellement le commerce et que, d'un autre côté, il y a eu concert entre elle et Blondeau pour organiser une FRAUDE qui mérite toutes les sévérités de la justice.*

Qu'à ce double titre, il peut être interdit à la Vve Louis Cliquot de faire figurer son nom dans la raison sociale.

Par ces motifs.....

Les termes mêmes de cet arrêt sont assez clairs pour qu'on n'ait pas besoin de les expliquer. Qu'il nous suffise de faire remarquer que la décision est ici fort bien motivée. Les deux considérations qui permettent à la Cour d'ordonner la suppression du nom de Vve Cliquot sont :

1° Que la veuve Cliquot n'exerce pas effectivement ;

2° Qu'il y a eu concert frauduleux entre elle et Blondeau.

Dans le sens de l'arrêt de la Cour de Paris, nous allons citer maintenant un arrêt de la Cour de cassation (Chambre des Requêtes), en date du 22 octobre 1917 (1).

Les sieurs Rode et Montangon avaient acquis le fonds de commerce d'eau-de-vie précédemment ex-

1) Sirey 1918-19, I, 126.

exploité à La Rochelle par le sieur Henri Mounier. La maison Denis-Henri Mounier leur intenta un procès prétendant que les sieurs Rode et Montangon ne se servaient du nom de Henry Mounier que dans un but de concurrence déloyale et qu'au surplus, ils n'avaient fait acquisition du fonds que dans ce but. Les faits invoqués ayant été jugés patents et admissibles, le Tribunal de commerce d'abord, puis la Cour d'appel (celle-ci confirmant le jugement du Tribunal), ordonnèrent purement et simplement la suppression de la désignation.

Sur ce pourvoi en cassation des sieurs Rode et Montangon qui, au nombre des moyens, invoquèrent la violation de l'article 544 du Code civil :

Voici, en substance, l'arrêt de rejet :

« Attendu qu'il résulte des déclarations tant de l'arrêt que du jugement confirmé en appel, que les agissements constitutifs de concurrence déloyale ont été complétés par l'usage du nom Henry Mounier *dont les sieurs Rode et Montangon ne se sont servis que dans un but de concurrence déloyale*, qu'il est en effet déclaré par le Jugement que ces derniers n'avaient acheté ce qui restait du fonds de commerce (considéré lui-même d'après les premiers juges comme un accessoire insignifiant), qu'en vue d'utiliser le nom pour la concurrence déloyale.

Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt d'interdire aux sieurs Rodde et Montangon l'usage du nom commercial Henry Mounier, au lieu de s'être borné à prescrire les mesures propres à empêcher la confusion. *Mais, attendu que si les pouvoirs des juges ne sauraient aller jusqu'à priver un commerçant par une interdiction du droit de faire le commerce sous son nom, il n'en est pas de même quand le cession-*

naire d'un fonds de commerce ne se sert du nom du cédant que dans un but de concurrence déloyale ; que, dans ce cas, il n'est porté aucune atteinte au droit qu'à toute personne de se servir de son propre nom. Or, attendu qu'il est constant que le nom Henri Mounier n'est pas celui des sieurs Rodde et Montangon, demandeurs en cassation et qu'il résulte des constatations de faits ci-dessus rappelées qu'il n'a été utilisé par eux que dans un but de concurrence déloyale, que, par suite, l'arrêt attaqué a pu, sans violer aucun des textes visés au moyen, interdire d'une façon absolue aux sieurs Rodde et Montangon l'usage du nom litigieux.

2^e moyen. — Sans intérêt.

Par ces motifs, rejette.

On voit qu'ici l'hypothèse est à l'inverse de la précédente. En dehors de la considération du but frauduleux, ce qui va permettre au juge d'interdire l'usage du nom, c'est non pas que le titulaire du nom n'exerce pas le commerce, mais que celui qui exerce le commerce n'est pas titulaire du nom. — Notons ce détail — Nous aurons l'occasion de faire remarquer tout à l'heure qu'il a son importance.

Dans le même sens que l'arrêt précité, nous pouvons encore indiquer parmi les décisions anciennes un arrêt de la Cour de Paris en date du 28 janvier 1856 (1), et un arrêt de rejet de la Cour de cassation en date du 4 février 1852 (2), qui décide que lorsqu'il est établi qu'un individu n'a été appelé à faire partie d'une société qu'à raison du nom qu'il porte, et pour faire, à l'aide de ce nom, une concurrence déloyale,

1) « Annales de la Propriété Industrielle », 1856, p. 64.

2) Cliquot « Journal du Palais » 56, I, 167.

d'un commerçant homonyme, c'est avec raison que les tribunaux ordonnent que ce nom soit supprimé de la raison sociale; *une pareille décision a pour effet, non d'interdire à cet individu de se servir de son nom pour faire le commerce en son nom personnel, mais de lui défendre d'en disposer pour le prêter à des tiers, en vue de leur procurer une bénéfice illicite, ce qui est la saine application de la loi.*

Le moment est venu désormais d'apprécier l'attitude de la jurisprudence dans cette série de cas difficiles relatifs aux conflits de droit et à l'abus du droit au nom.

Nous avons eu l'occasion de laisser pressentir, chemin faisant, que les décisions de la jurisprudence française nous paraissaient logiques et qu'elles devaient être approuvées. Mais nous avons laissé pressentir aussi qu'elles n'étaient pas toujours justifiées avec le soin qu'elles méritaient et que, faute d'avoir fait état, comme il convenait, de certains arguments excellents, il arrivait que les solutions données dans les différentes espèces apparaissaient en contradiction, soit entre elles, soit avec la théorie du droit au nom envisagé comme droit de propriété.

Quelles sont les considérations dont tient compte la jurisprudence en matière de conflits de droit.

Elles sont au nombre de trois.

- 1° Le droit de propriété de chacun sur son nom ;
- 2° Le principe de la liberté du commerce ;
- 3° La mauvaise foi du titulaire du nom actionné en concurrence illicite, déterminant l'abus du droit.

Or, ces trois considérations, pourvu qu'on en tienne compte à bon escient, suffisent incontestablement

à justifier toutes les décisions que nous avons signalées, mais à condition qu'on accorde à chacune d'elles l'importance qui convient, suivant le cas.

Pour bien apprécier, il faut envisager le problème du conflit de droits entre homonymes dans les deux solutions que la jurisprudence est appelée à lui donner et qu'en fait elle leur a données.

Il faut envisager successivement le cas où la jurisprudence refuse d'ordonner la suppression du nom.

Et le cas où elle ordonne cette suppression.

I. — *Les juges refusent d'ordonner la suppression.*

C'est le cas de l'arrêt Erard précité, dont voici les termes mêmes :

Attendu que si les pouvoirs des juges doivent avoir toute l'étendue nécessaire pour assurer leur efficacité, ils ne sauraient aller jusqu'à priver un commerçant de la faculté de se servir du nom qui lui appartient dans les faits et actes de son commerce *par une interdiction absolue qui porterait une atteinte à son droit de propriété* ;

Attendu que l'arrêt attaqué, en même temps qu'il constate contre le demandeur l'existence de manœuvres répréhensibles et d'efforts persistants pour faire à la défenderesse une concurrence déloyale, reconnaît que le dit demandeur exerce à Paris, depuis 1867, le commerce de la fabrication et de la vente de pianos *que, dès lors, l'arrêt attaqué a méconnu le droit de propriété du demandeur et formellement violé l'art. 544 du Code civil.*.....

Encore que les attendus de l'arrêt fassent mention du droit qui appartient à tout individu de faire le commerce sous son nom et que ce soit certainement

une des considérations qui ait décidé la Cour de cassation à se prononcer dans ce sens, on ne saurait nier que la décision a été rendue avant tout sur la violation de l'art. 544 du Code civil, et que l'arrêt de la Cour d'appel a été infirmé parce qu'il avait méconnu le droit de propriété du demandeur.

Or, nous prétendons que la Cour eut dû aussi justifier sa décision par cette considération que, étant reconnu que Nicolas Erard exerçait réellement le commerce sous son nom, il était impossible de lui en interdire l'emploi, cette interdiction étant contraire au principe de la liberté du commerce exprimé dans la loi du 7 mars 1791, et équivalant souvent, en fait, à une interdiction de pratiquer le commerce.

A ce que nous avançons, on peut opposer :

1° Que la suppression du nom n'aboutit pas nécessairement à l'interdiction de faire le commerce, puisqu'en France, le choix du nom est libre et que, partant, le titulaire du nom pourra très bien choisir une autre dénomination.

Nous répondons, que si le choix du nom est libre, c'est bien pour que les commerçants puissent le faire porter sur le nom patronymique et qu'en fait, bien souvent, la suppression de ce nom équivaldrait réellement à une interdiction de faire le commerce (1).

2° Qu'il n'y a aucun intérêt à justifier ainsi les décisions de la jurisprudence, que la considération du droit de propriété qu'a tout individu sur son nom est tout à fait suffisante et plus simple.

Elle est plus simple à coup sûr, mais elle n'est pas suffisante.

1) Dans ce sens Lyon-Caen note Ss. Cassation, janvier 1878. S. I. 289.

Pour s'en rendre compte, il suffit de citer les cas où les juges décident la suppression du nom.

II. — *Les juges ordonnent la suppression du nom.*

Quand la Cour de Paris déclare interdire, aux termes de la loi de 1824, au sieur Louis Job (1) et à ses associés, de se servir de son nom dans le commerce de papier à cigarettes, n'est-elle pas en contradiction avec la théorie de la Cour de cassation, qui interdit la suppression du nom en vertu du droit que chacun a sur celui-ci. Cela est évident, si on justifie l'arrêt de la Cour de cassation par le droit de propriété de tout individu sur le nom, car le droit du serrurier Louis Job sur son nom est, à coup sûr, égal à celui de Nicolas Erard.

Au contraire, tout s'explique, si l'arrêt de la Cour de cassation se justifie par le souci de ne pas empêcher un individu d'exercer le commerce. Car Nicolas Erard exerçait effectivement le commerce et ce scrupule est alors légitime, tandis que pour le sieur Job, cette crainte serait superflue, puisqu'il n'exerce pas lui-même.

Que si l'on nous objectait que le sieur Job n'exerçant pas le commerce, cette désignation ne constitue pas pour lui un nom commercial, que la question de propriété de ce nom n'est donc pas en jeu et que, par conséquent, il n'y a pas contradiction, nous répondrions :

1° Que la jurisprudence reconnaît le droit de propriété au nom patronymique, comme au nom commercial ;

2° Que, dans le deuxième cas que nous allons envisager, où les juges ordonnent la suppression du

1) 27 octobre 1910 précité.

nom, l'espèce est telle qu'on échappe à l'objection.

Il s'agit ici de cet arrêt de la Cour de cassation que nous avons cité plus haut, où la Cour suprême confirme un arrêt de la Cour d'appel, qui interdisait aux sieurs Rodde et Montangon, l'usage de la désignation Henri Mounier, dont ils s'étaient rendus acquéreurs en même temps que du fonds de commerce de ce dernier (lequel fonds de commerce avait une valeur insignifiante), dans le seul but de créer une confusion avec la maison Denis-Henry Mounier.

Dans ce cas, le droit de propriété sur le nom commercial est très net, puisque ce dernier a été acheté accessoirement à un fonds de commerce et que le commerce auquel se livrent les sieurs Rodde et Montangon, est le même que celui de leur cessionnaire. La Cour de cassation n'en a pas moins décidé que la Cour d'appel avait bien jugé en interdisant l'usage de la dénomination aux sieurs Rodde et Montangon. Cette décision de la Cour de cassation est manifestement en contradiction avec celle qui décide qu'on ne saurait ordonner la suppression d'un nom, eu égard à la propriété de chaque individu sur ce droit au nom. Au contraire, si l'on justifiait cette décision par cette considération que la suppression du nom équivaldrait à une interdiction de faire le commerce, on échappe à la contradiction, les sieurs Rodde et Montangon n'ayant qu'à éliminer de leur raison sociale la dénomination Henri Mounier et continuer paisiblement l'exercice de leur commerce.

Nous devons d'ailleurs reconnaître, et nous l'avons souligné en temps utile, que dans les décisions où la suppression du nom a été décidée, il a été tenu compte de l'élément que nous signalons, notamment dans ce dernier arrêt.

Mais en fin de compte, il faut bien avouer :

1° Qu'à cette considération n'est pas accordée l'importance qui lui est due, car, seule, elle peut expliquer les décisions différentes rapprochées ci-dessus et en apparence contradictoires ;

2° Que lorsque la jurisprudence décide de ne pas ordonner la suppression, elle justifie sa décision par le droit de propriété que chacun a sur son nom et qu'on ne saurait méconnaître.

Or, nous avons démontré qu'alors il y avait une contradiction flagrante à ordonner la suppression du nom dans des cas où le droit de propriété sur le nom du titulaire est tout aussi manifeste.

Si nous avons tenu à mettre en évidence cette contradiction *apparente* dans l'attitude de la jurisprudence, ce n'est point pour critiquer les solutions qu'elle a admises. Au contraire, nous les trouvons parfaitement justes, et c'est pour cela que nous avons mis un soin particulier à rechercher les arguments susceptibles de les justifier et à leur attribuer, suivant l'hypothèse, l'importance qui convenait.

Il y avait pour nous un intérêt particulier à le faire, car, on s'en souvient, nous avons admis la théorie de la jurisprudence en ce qui concerne la nature juridique du droit au *nom commercial*. C'est, avons-nous dit, un droit de propriété. Or, il semble, dès l'abord, qu'il y ait quelque imprudence à l'affirmer, en même temps qu'on reconnaît qu'en certaines circonstances les juges peuvent ordonner la suppression du nom.

En d'autres occasions, nous avons fait état de la théorie de l'abus du droit pour expliquer certaines contradictions apparentes dans les décisions de la jurisprudence.

Par exemple, nous avons dit : reconnaître que la jurisprudence exige l'existence d'un préjudice pour

intenter l'action en dommages-intérêts en cas d'atteinte au nom commercial, ce n'est pas dire nécessairement que le droit au nom commercial n'est pas un droit de propriété. Et nous avons fait remarquer, entre autres choses que lorsque le juge exigeait la preuve d'un préjudice subi ou d'un intérêt, il exigeait seulement qu'il lui fut démontré qu'on n'abusait pas de ce droit de propriété.

Dans le cas qui nous occupe il paraît séduisant d'adopter le même point de départ. Tel qui aurait abusé du droit au nom s'en verrait interdire l'usage. Mais, dès ce point, si l'on jette un regard rétrospectifs sur les arrêts qui ont été rendus en pareil cas, il faut bien reconnaître que cette considération ne suffit pas à la jurisprudence pour ordonner la suppression du nom, tout au moins chaque fois que le titulaire du nom exerce réellement le commerce.

Et pourtant c'est par la théorie de l'abus du droit que nous allons expliquer l'attitude de la jurisprudence, mais pour qu'aucune contradiction ne subsiste dans cette attitude il faut attribuer à une autre considération l'importance qu'elle mérite.

A première vue la notion d'abus de droit semble n'être pas susceptible de justifier la suppression du nom. C'est ce qui résulte des termes des décisions que nous allons rappeler.

I. — L'arrêt Erard dit : que la Cour a mal jugé en ordonnant la suppression du nom, et il en décide ainsi tout en rappelant que l'existence est constatée de *manœuvres répréhensibles et d'efforts persistants pour faire à la défenderesse une concurrence déloyale*.

Le deuxième arrêt Erard rappelle que, des attendus de la Cour d'appel, il résulte que Nicolas Erard se

livre à une concurrence déloyale au moyen de *manœuvres persistantes et toujours plus audacieuses*. Cependant il affirme que les juges du fait en pareil cas ont le droit et le devoir de prévenir la fraude par tous les moyens, *sauf qu'ils ne peuvent prononcer contre un commerçant l'interdiction de se servir de son nom patronymique*.

Enfin, l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris reconnaît qu'il n'est pas douteux que Pommery Jules César a cherché à abuser la clientèle par l'étalage systématique du nom de Pommery. Néanmoins, elle décide qu'on ne saurait ordonner la suppression du nom et elle infirme la décision des premiers juges qui s'étaient prononcés en ce sens.

II. — Ce point étant bien établi, que la jurisprudence n'a pas cru devoir ordonner la suppression du nom sur le seul témoignage de l'abus fait du nom, voyons quels sont les termes de la jurisprudence dans les cas où elle ordonne la suppression du nom.

Et d'abord l'arrêt JOB de la cour de Paris du 27 octobre 1910 déclare que si chacun a le droit de faire le commerce sous son nom personnel il est manifeste que la loi n'a pas entendu couvrir *la fraude*.

L'arrêt Société Cliquot contre Veuve Cliquot déclare qu'en réalité la Veuve Cliquot ne fait pas personnellement le commerce et que, d'un autre côté, il y a eu concert entre elle et Blondeau pour organiser *une fraude qui mérite toutes les sévérités de la justice*.

Enfin l'arrêt de la Cour de Cassation Denis Henry Mounier contre Rodde et Montangon déclare « que si les pouvoirs des juges ne sauraient aller jusqu'à priver un commerçant par une interdiction absolue du droit de faire le commerce sous son nom, *il n'en est pas de même quand le cessionnaire d'un fonds de*

commerce ne se sert du nom que dans un but de concurrence déloyale ».

Le fait de se servir de son nom dans le *seul but* de concurrence déloyale n'est pas uniquement réalisé dans le cas où un commerçant ne fait pas usage de son nom. Ce peut être le fait d'un commerçant qui exerce le commerce et qui n'ayant aucune aptitude à le faire et aucune chance de succès en dehors de la confusion qu'il va établir entre son nom et un nom réputé, ne se lancerait pas dans une entreprise s'il ne savait profiter de la confusion. Le *but unique* de concurrence déloyale est tout aussi caractérisé et pourtant on ne peut ordonner la suppression du nom parce que une telle décision aboutirait à l'interdiction de se livrer au commerce.

Sans doute, nous comprenons ce que la jurisprudence veut dire, quand elle parle du *but unique*, elle veut stigmatiser *la fraude* et c'est ce que M. Chauveau a très bien dégagé (1) lorsqu'il dit que la jurisprudence en décide ainsi, *parce qu'alors la fraude imprègne toute l'opération*.

Cette notion de fraude, évidemment plus forte que celle d'abus de droit, par laquelle on voudrait justifier les décisions de la jurisprudence, en vertu du principe « *fraus omnia corrumpit* », serait à la rigueur suffisante pour justifier la décision de la jurisprudence dans un cas, où comme dans l'affaire Job, il s'agit d'un nom loué à un tiers dans le but de concurrence déloyale. En effet il y a fraude et il est possible d'interdire l'usage du nom en vertu du principe « *fraus omnia corrumpit* ».

Mais elle ne saurait être prise en considération pour justifier la décision de la cour de cassation dans l'affaire Rodde et Montangon, où ceux-ci ont dûment

1) Note sous arrêt de la Cour d'Appel d'Alger, Dalloz, périodique 1927, 2^e partie, page 145.

acheté le nom accessoirement au fonds de commerce, où le nom servait à un usage conforme à celui qu'en faisait auparavant le cessionnaire et où, par conséquent, il n'y a pas fraude. Il faut revenir alors à la notion d'abus de droit.

Dans cette matière difficile du conflit de droit, quelle que soit le degré de la mauvaise foi, c'est la notion d'abus de droit qui, à notre avis et sous réserve de quelques précisions, suffit à justifier les décisions de la jurisprudence.

Voici comment, à notre avis, on peut, faisant état de toutes les décisions, synthétiser l'attitude de la jurisprudence.

Quelle que soit la bonne foi du titulaire il faut prendre des mesures propres à éviter la confusion dans l'avenir.

Quelle que soit la mauvaise foi du titulaire, l'abus qu'il fait de son droit, on ne pourra qu'ordonner des mesures destinées à éviter la confusion, chaque fois que ce titulaire exerce réellement le commerce sous ce nom. Lui interdire l'usage du nom serait indirectement l'empêcher d'exercer le commerce. Cela est contraire à la loi du 7 mars 1791; c'est le seul obstacle à la juste décision du juge mais, étant d'ordre public, il est infranchissable.

Chaque fois qu'une pareille mesure n'équivaldrait pas à l'interdiction de faire le commerce, mais seulement en cette hypothèse, la jurisprudence pourra lui interdire l'usage du nom, en raison de l'abus qu'il fait de ce droit au nom, étant entendu que la forme la plus répréhensible et la plus caractérisée de cet abus est le fait de prêter son nom à un tiers dans le but de la concurrence déloyale.

Ainsi justifiée, l'attitude de la jurisprudence se présente avec harmonie. En cette matière délicate,

où elle fait preuve d'une judicieuse subtilité, il a suffi de mettre en lumière les principes en vertu desquels les décisions sont rendues, pour dissiper toute contradiction apparente. Dans ce but, il était nécessaire de mettre en relief toute la portée du principe de la liberté du commerce. Seul, il peut expliquer que l'abus du droit qui suffit, aux termes de l'article 544 du Code Civil, à limiter l'exercice du droit de propriété, soit impuissant, dans certains cas, à justifier la suppression du nom, dans tous les cas où elle équivaldrait à une interdiction de faire le commerce, car alors, cette notion se heurterait au principe d'ordre public établi dans la loi du 7 mars 1791.

Mais cette limite admise, l'élément d'abus du droit reprend toute sa force et il autorise le juge à décider de la suppression du nom. On ne saurait plus alors relever aucune contradiction dans l'attitude de la jurisprudence, quand elle décide, en certain cas, la suppression du nom et en d'autres, le maintien du nom, quel que soit l'abus fait du droit. Et, d'autre part, les décisions où la jurisprudence ordonne la suppression du nom ne paraissent plus être en contradiction avec la notion de droit de propriété sur le nom.

Sous une forme plus lapidaire, on peut énoncer ainsi les principes qui déterminent et expliquent ces décisions :

L'individu a sur le nom un droit de propriété qui l'autorise à s'en servir pour faire le commerce.

Mais ce droit ne saurait aller jusqu'à l'autoriser à en abuser dans le but de la concurrence déloyale, auquel cas la suppression de ce nom pourra être ordonnée à la condition de ne pas aboutir indirectement à l'interdiction de faire le commerce, ce qui est contraire au principe d'ordre public énoncé dans la loi du 7 mars 1791.

CHAPITRE IV

Pouvoir des juges — Mot-vedette — Etendue de la protection dans l'espace

Ayant terminé avec l'étude de ces cas difficiles que nous avons isolés afin de les mieux approfondir, il nous reste maintenant à dégager de l'attitude de la jurisprudence quelques principes importants dont l'application est plus facile.

§ I, — DU POUVOIR DES JUGES.

Tout d'abord, il ne peut être mis en doute que les juges doivent interdire à un commerçant l'emploi d'un nom quand ce nom est la propriété exclusive d'un autre. Mais ont-ils la faculté de déterminer la dénomination dont le commerçant devra dans l'avenir faire usage, ou bien leur rôle est-il simplement d'interdire la dénomination employée à tort, laissant, pour le surplus, au commerçant, la liberté de choisir lui-même cette autre désignation à charge de la prendre telle qu'aucune confusion soit possible dans l'avenir.

Si les commerçants faisant usage d'une dénomination à laquelle ils n'ont pas droit, étaient tous de

bonne foi, la solution serait aisée et il n'est pas douteux qu'il suffirait de décider que telle dénomination ne devra pas être employée. Une fois averti du préjudice qu'il est susceptible de causer à un concurrent et de la condamnation aux dommages intérêts à laquelle il s'expose en adoptant une désignation susceptible de faire naître la confusion, le commerçant de bonne foi composerait la nouvelle dénomination de façon à éviter un pareil résultat.

Mais, cette constatation résulte des cas d'espèces que nous avons cités, il n'en est pas toujours ainsi.

Et comment pourrait-il en être ainsi. Le fait une fois admis qu'il existe des concurrents déloyaux (et malheureusement il n'en manque point), il faudrait être naïf pour croire que ceux-ci, après avoir exposé les frais inhérents à la création d'un établissement, abandonneront délibérément une dénomination qui est leur seule chance de profit, précisément en raison de la confusion qu'elle fait naître dans l'esprit de la clientèle. Quand, après le jugement qui l'a condamné à changer de dénomination, le concurrent déloyal adopte une dénomination suffisamment différente pour que le principe du jugement soit *en apparence* respecté, mais assez peu pour que la confusion soit toujours possible, il agit suivant le même mobile qui l'a déterminé, au début, à prendre telle dénomination susceptible, par la confusion, de détourner à son profit tout ou partie de la clientèle destinée à un autre. Il déploiera un peu plus d'habileté que précédemment, déplorant de n'avoir pas trouvé du premier coup la dénomination susceptible, d'une part, de lui valoir des bénéfices et d'autre part d'échapper à la condamnation. Etant spécialiste, il saura bien ce qu'il faut faire pour arriver à ce résultat. Ce qui est vrai d'une deuxième fois peut l'être d'une troisième, et il n'y a pas de raison pour que cela finisse. Ajoutez au surplus

(et cette considération est capitale) que ce concurrent avisé saura bien estimer par avance les dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné, les mettre en balance avec le bénéfice éventuel, et affronter, d'une humeur tranquille, la condamnation, quand ce bénéfice éventuel s'affirmera supérieur au montant des dommages-intérêts encourus. Ce calcul déloyal est facilité par le fait que, dans la pratique, la jurisprudence française hésite le plus souvent à condamner à des dommages-intérêts considérables encore que, tels, ils ne feraient que compenser le préjudice. Notons, dès maintenant, qu'il en est de tous les juges comme des juges français et nous verrons que si la cour suprême allemande est très large en ce qui concerne l'attribution des dommages-intérêts, elle se heurte à une résistance persistante des tribunaux inférieurs; cette divergence est mise à profit par les concurrents de mauvaise foi.

Cela dit, on peut rechercher quelles sont les raisons de cette hésitation.

Tout d'abord, il est difficile au juge d'estimer le dommage. Sans doute, les conclusions du demandeur lui pourraient fournir une indication, mais outre qu'il est de la plus élémentaire psychologie de remarquer que la demande sera exagérée, on peut considérer que l'habileté du défendeur peut contribuer beaucoup à présenter le dommage comme inexistant ou inférieur à ce qu'il est en réalité.

D'autre part, il y a lieu de tenir compte que si tous les juges sont susceptibles d'apprécier la valeur d'une somme d'argent, il leur est souvent difficile (les juges consulaires exceptés) d'apprécier le préjudice. En fait — et sans vouloir tenir compte de ce que la demande est toujours exagérée, parce que précisément on sait qu'elle sera réduite — les juges, même si la demande est raisonnable, la trou-

veront toujours exagérée et prononceront une condamnation moins dure. D'autre part, il arrivera que les juges d'appel rendront des décisions beaucoup moins sévères que les juges consulaires, lesquels sont pourtant parfaitement qualifiés pour estimer le dommage.

Sans vouloir méconnaître les difficultés auxquelles se heurtent les juges en ce qui concerne la réparation du préjudice, il faut admettre que, dans le cas de concurrence déloyale, la condamnation sera presque toujours favorable au commerçant de mauvaise foi. Dans certains cas, celui-ci, outre que de procès en procès il réalise un bénéfice parfois considérable en dépit des dommages-intérêts qu'il devra payer, arrive progressivement à détourner à son profit une clientèle définitive qui ne s'éloignera plus désormais, et c'est bien là ce qui est le plus regrettable. Car, cela fait, il pourra par la suite exercer son commerce avec toute l'attitude d'un concurrent loyal, repentí et satisfait. Il pourra même désormais rentrer dans les limites de la concurrence licite. Et le mal accompli sera, dès lors, sans remède.

Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait aucun moyen de prévenir ce dommage. — Nous avons vu que le remède était simple, juste et brutal dans le cas où le juge pouvait ordonner la suppression de la dénomination.

Il sera moins simple et moins brutal, mais il pourra être tout aussi efficace, dans les cas, où pour les raisons que nous avons vues, cette solution radicale est impossible, si le juge peut ordonner que, dans l'avenir, le commerçant condamné devra employer telle ou telle dénomination susceptible d'éliminer toute possibilité de confusion. Cette mesure est alors équivalente à la décision du juge chargé de l'inscrip-

tion au registre du commerce dans les législations germaniques. De savoir s'il est regrettable qu'une partie du mal soit déjà fait et s'il serait opportun de couper le mal à sa racine, plutôt qu'au premier stade de son évolution, ce n'est point ici le moment. Ce qui est certain c'est, qu'en pareille hypothèse, la possibilité de confusion, partant de préjudice, est supprimée — et c'est le résultat le meilleur et le plus souhaitable en l'état actuel de la législation française.

Mais le juge ne va-t-il pas, en cette occurrence, être gêné par le principe de la liberté du commerce sur l'importance duquel nous avons tant insisté ? Décider que le concurrent ne pourra choisir sa nouvelle dénomination, n'est-ce pas l'empêcher d'exercer le commerce sous ce nom. Le juge va-t-il pouvoir prendre une telle décision ?

A notre avis, non seulement le juge a cette latitude, mais encore il en a le devoir, l'obligation. Tout d'abord cette latitude lui est reconnue par l'article 1036 du Code de procédure civile qui dispose : les Tribunaux, suivant la gravité des circonstances pourront, dans les causes dont il seront saisis, *prononcer même d'office les injonctions*, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leur jugement.

Il faut ensuite remarquer qu'on peut fournir, en réponse à l'argument tiré du principe de la liberté du commerce, deux arguments d'une portée tout aussi générale :

C'est 1° : Que les tiers sont intéressés au premier chef à connaître la véritable personnalité du commerçant et cela est conforme au principe de vérité qui domine toute la matière du nom commercial.

2° Que le commerçant honnête doit être protégé contre les concurrents de mauvaise foi.

Mais surtout on peut dire qu'une telle décision n'a rien qui choque le principe de la liberté du commerce et qu'en aucun cas elle n'aboutit à l'interdiction d'exercer le commerce. En effet, exiger qu'un sieur Erard fasse figurer, à côté de son nom commercial ses prénoms en lettres plus grosses que le nom et ajoute la date de fondation de son établissement, ne l'empêche pas de se servir de son nom pour signer et même, à charge de le faire dans la forme voulue, de l'employer à titre d'enseigne. Cette précision ne peut gêner que le concurrent déloyal. Et c'est bien le résultat qu'il faut atteindre.

Ayant justifié ce procédé, voyons s'il est mis à profit par la jurisprudence.

Nous avons cité, à plusieurs reprises, des décisions dans ce sens; qu'il nous suffise de rappeler les termes particulièrement significatifs de l'une d'entre elles; ils ne laissent aucun doute sur l'attitude de la jurisprudence.

Ainsi le deuxième arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire Veuve Erard contre Nicolas Erard (1) dit : *Attendu qu'il est de principe que les juges du fait ont le droit et le devoir de prévenir la fraude par tous les moyens*, sauf qu'ils ne peuvent prononcer l'interdiction du nom patronymique. . . . On se rappelle que les décisions de cour d'appel et de tribunaux que nous avons citées sont dans le même sens. En voici une récente de la Cour d'Appel de Paris du 1^{er} mai 1925 dont nous rappelons les termes : *Attendu qu'il incombe à la Cour de déterminer les conditions dans lesquelles César Pommery pourra faire usage de son nom...*

1) Reg. 15 juillet 1879 D. P. 80, I, 80.

2) D. H. 1925, p. 414.

Toutefois nous devons signaler en sens contraire un arrêt de la Cour d'Appel d'Alger qui en a décidé autrement. C'est l'arrêt du 5 mai 1926, dans une affaire : *Lung contre consorts Eschenauer*. Elle décide : que les consorts Eschenauer devront supprimer cette dénomination et la remplacer par telle autre de leur choix non susceptible de créer une confusion avec l'enseigne et le nom commercial de la société en nom collectif dissoute. Cet arrêt, qui a été critiqué à ce point de vue et à bien d'autres (1), est en contradiction avec la jurisprudence constante. Au surplus, n'ayant pas de précédent, on ne saurait en tenir compte, tant parce qu'il n'est pas l'expression d'une tendance nouvelle, mais plutôt une erreur des juges d'appel, que parce qu'il ne saurait amoindrir en rien les raisons que nous avons données plus haut.

Pour notre part, et précisément en vertu de ces raisons, nous nous prononçons très nettement pour le principe édicté par la Cour de Cassation dans l'arrêt Erard du 15 juillet 1879, à savoir : que les juges ont le droit et le devoir de prévenir la fraude par tous les moyens.

§ 2. — LE MOT-VEDETTE

Nous devons maintenant étudier une notion qui, en Allemagne et en France, est, actuellement plus que jamais, mise en relief par la jurisprudence de ces deux pays.

C'est la notion du mot-vedette (2).

1) Sous cet arrêt deux notes très intéressantes, une de M. Milliot, dans la « Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence », numéro de juin 1927, p. 106, et l'autre, de M. Chauveau, Dalloz périodique de 1927, 2^e partie, p. 245.

2) Cette expression est, nous semble-t-il, la meilleure traduction du mot « schlagwort » qui est couramment usité en Alle-

Le mot-vedette peut être défini, le mot ou l'assemblage de mots qui, dans une raison sociale, une raison de commerce ou une enseigne, a une valeur attractive telle que les autres mots qui composent la dénomination restent dans l'ombre, encore que, parfois, ils revêtent la même forme et la même dimension. La plupart du temps, la raison de cette valeur attractive toute spéciale est le sens du mot-vedette. Au milieu d'une dénomination c'est lui qui frappe le regard ou l'esprit. Dès lors, il apparaît que, bien souvent, il faudra interdire aux concurrents l'emploi de ce mot si l'on ne veut pas que la confusion s'établisse en dépit d'autres mots parfois nombreux qui composent la dénomination toute entière.

Nous avons vu, au commencement de cette étude de jurisprudence, qu'il y avait des mots génériques dont l'exclusivité ne saurait être réclamée parce qu'ils ont un sens commun, qu'ils ne désignent rien en propre et que partant leur emploi n'est susceptible de faire naître aucune confusion. Mais nous avons vu également qu'un mot tout d'abord générique, une appellation nécessaire ou vulgaire, peut à la longue, acquérir un sens propre et désigner une maison à l'exclusion de toute autre. Qu'un nouveau concurrent fasse usage à son tour de ce mot et la confusion va désormais être possible.

A vrai dire, il y a des mots qui perdent plus difficilement que d'autres leur sens générique. C'est ainsi que par exemple il n'y a aucune difficulté à reconnaître que le mot « *de la Paix* » est susceptible d'appropriation et que dès lors il est juste, ainsi qu'en a décidé la Chambre civile de la Cour de Cassa-

magne ; elle a l'avantage de fixer une notion courante en France, mais pour laquelle on n'avait point trouvé d'expression.

tion (1) de reconnaître un droit exclusif sur ce mot à celui qui, le premier, en a fait usage. Dans le même ordre on comprend aisément que la Cour de Montpellier, dans son arrêt du 5 février 1924 (2) ait estimé que la Compagnie d'assurance « L'Union » avait le droit d'interdire à une société concurrente nouvelle de s'appeler « Union Générale du Midi ».

Mais que dire d'un mot comme *centrale*. Il exprime une *qualité qui peut être celle de beaucoup d'établissements*. Pourtant, dans l'instance engagée par la Compagnie Centrale d'Assurances Maritimes contre la Centrale Française d'Assurances, la Cour de Paris (3), considérant que la demanderesse avait depuis de longues années la possession de la dénomination « Centrale d'Assurances » et que le mot *centrale* en était l'élément essentiel, a ordonné à la défenderesse de supprimer de sa dénomination le mot *centrale*.

On peut rapprocher de cet arrêt le jugement du Tribunal de commerce de la Seine en date du 21 février 1925 (4) qui a ordonné que des modifications soient apportées à la dénomination suivante : « Crédit Industriel et Automobile » parce qu'elle pouvait prêter à confusion avec la désignation « Société de Crédit Industriel et Commercial ».

Ces deux décisions montrent une tendance des Tribunaux Français à « mot vedettiser », si l'on peut employer ce néologisme. La jurisprudence allemande pour s'être engagée trop avant dans cette voie a donné lieu à des critiques que nous retrouverons dans la troisième partie. A notre avis, on ne saurait, en la matière, avoir trop de circonspection, car admettre

1) 22 décembre 1863 D. P. 1864, I, 121.

2) « Revue Droit Français Commercial », 10 mars 1924.

3) 28 janvier 1926 Rec. gaz. Palais 1926-1-682.

4) Rec. des Sociétés, mai 1925.

trop facilement le droit exclusif à une désignation courante c'est restreindre la liberté du choix de la dénomination.

Ce n'est pas à dire que nous critiquons particulièrement l'arrêt de la Cour de Paris qui, en l'espèce, paraît justifié, mais nous pensons que, chaque fois que la jurisprudence pourra parvenir à la différenciation sans rendre un nom générique et vulgaire *mot-vedette*, elle évitera le reproche qu'on pourrait lui faire de restreindre la liberté du choix de la dénomination sans que cela soit indispensable. D'autre part, quelle que soit la valeur attractive d'un nom devenu *mot-vedette* on ne saurait en interdire l'usage à un concurrent, quand les précautions prises par celui-ci corrigent cette mise en relief et détruisent la possibilité de confusion. C'est ainsi que nous pensons que le Tribunal de Chambéry a bien jugé quand le 17 juin 1924 (1), il a déclaré que les mots « Crédit Industriel et Commercial » figurant dans la raison commerciale d'un Etablissement de Banque comme désignation complémentaire d'une dénomination préalable (Société Savoisienne de Crédit Commercial et Industriel) constituent des *termes généraux propres à qualifier toutes les entreprises de même nature*, et ne sauraient constituer une usurpation frauduleuse au préjudice d'une société déjà dénommée : Société Générale de Crédit Industriel et Commercial, *alors surtout que, pratiquement toute confusion est rendue impossible dans l'esprit de la clientèle par les précautions prises pour différencier les deux maisons de banque concurrentes : intitulés de lettres, imprimés... mettant en évidence le mot « savoisienne ».*

Juger ainsi, c'est juger conformément au principe

1) Gaz Com. Lyon, 10 décembre 1924.

qui domine toute la matière de la protection du nom à savoir : que le préjudice résultant de la confusion est la mesure de l'action.

§ 3. — ÉTENDUE DE LA PROTECTION DU NOM
DANS L'ESPACE

Il est encore une question qui, à l'égal de celle du mot-vedette regarde l'enseigne et la raison sociale plus que toutes les autres formes du nom commercial, c'est la question du point de savoir si l'exclusivité doit en être assurée seulement au sein de la même localité, ou bien si elle doit être assurée en tout lieu et chaque fois que la confusion est possible.

Sur ce point les solutions de la jurisprudence actuelle sont un peu différentes de celles qu'elle donnait autrefois. Disons tout de suite que cela est tout à fait légitime et que pour paraître plus sévères que les décisions anciennes, les décisions récentes que nous allons rapporter, sont données en vertu du même principe : le préjudice subi du fait de la confusion est la mesure de l'action.

Pour le montrer il nous suffit de citer deux arrêts de la Cour de Cassation. Le premier a été rendu par la Chambre des requêtes en date du 20 février 1888 (1), le second par la Chambre civile en date du 17 janvier 1894 (2).

A ces deux arrêts nous nous proposons de comparer des décisions récentes.

Au nombre des attendus de l'arrêt de 1888 précité, nous trouvons celui-ci : *attendu* que si l'arrêt attaqué a reconnu que DROLLEZ a mis sur son enseigne

1) Sirey 1888, I, 301 et Dalloz 1888, I, 314.

2) Sirey 1894, I, 433 et note de M. Lyon-Caen.

les mots *Old England* apposés antérieurement sur l'enseigne de REID, il constate en même temps que la maison de commerce de celui-ci est établie à Paris, tandis que la maison de DROLLEZ est sise à Boulogne-sur-Mer ou REID n'a aucune succursale... que le modeste magasin de DROLLEZ ne saurait se confondre avec le vaste magasin de REID...» Et c'est pour ces motifs, joints à d'autres il est vrai, que la Cour de Cassation déclare qu'il n'y a pas eu préjudice et que partant la Cour d'Appel a bien jugé en n'interdisant pas au défendeur la dénomination *Old England*, a fortiori qu'il n'y a pas lieu à l'attribution de dommages-intérêts.

Voici maintenant quelle fut, dans une affaire analogue, la solution adoptée par la Cour d'Appel et confirmée par la Cour de Cassation. C'est l'arrêt de 1894 précité.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une action intentée par la Belle Jardinière de Paris contre la Belle Jardinière de Blois, celle-ci reprochant à celle-là d'employer à tort l'enseigne « *A la Belle Jardinière* » et notamment d'avoir en face de son établissement principal monté une succursale qui lui permettait de rédiger l'enseigne « *A la Belle Jardinière, succursale* ». Il ne peut échapper à personne que c'était là créer une confusion avec la succursale de la Maison de Paris et il ressort des faits de la cause que c'est dans ce but que le propriétaire de la Belle Jardinière de Blois avait agi.

Quoiqu'il en soit, la Cour d'Appel a fait, en l'espèce, une sage ventilation. Elle a interdit au défendeur l'usage de l'enseigne avec l'addition succursale, laquelle prêtait à confusion, mais elle a retenu, pour ce qui est de l'usage de l'enseigne « *A la Belle Jardinière* », que le défendeur avait pris soin d'ajouter son nom en caractères plus saillants que

l'inscription elle-même, que, partant, il ne saurait y avoir confusion, donc préjudice. Par ces motifs, bien que constatant que la Belle Jardinière de Paris était la première à avoir fait usage de la dénomination, elle a simplement condamné le défendeur à supprimer le mot « succursale » et à le remplacer par le nom « H. Godard ».

Plus encore que les termes de ces deux arrêts ceux de la note de M. Lyon-Caen, sous le dernier arrêt vont montrer quel était l'état d'esprit de la jurisprudence au point de vue qui nous occupe et nous aider dans la démonstration de ce que nous avançons tout à l'heure, à savoir que si, en matière d'enseigne, la sévérité des juges est plus grande, dans la mesure où ils condamnent plus souvent à la suppression, en dépit de la différence de localité, le principe sur lequel ils s'appuient reste le même.

« L'enseigne, dit M. Lyon-Caen, est attachée à un établissement situé dans un endroit déterminé. Dès que l'établissement auquel est appliqué l'enseigne usurpée est suffisamment distant, et que celui dont l'enseigne est usurpée n'a pas une clientèle dans la localité où est situé le premier, la différence même des lieux est un obstacle aux confusions. On ne peut dire la même chose des marques apposées sur des produits qui sont transportés au loin et vendus sur les marchés les plus divers, de telle sorte qu'on ne peut guère distinguer des marchandises portant une même marque malgré les établissements d'où elles proviennent. »

Si l'on examine les termes dans lesquels s'exprime M. Lyon-Caen, on constate qu'ils justifient très bien l'arrêt précité de la Cour de Cassation, mais il faut remarquer également qu'ils n'ont rien de contraire à l'esprit des décisions récentes que nous allons analyser bientôt. On y remarque seulement une diffé-

rence faite entre la marque de fabrique et l'enseigne, en des termes d'ailleurs inattaquables, mais qui montrent bien que l'idée d'enseigne est encore attachée à l'idée de localité. Cela était conforme à la réalité des choses à l'époque où écrivait M. Lyon-Caen. De nos jours, le développement des succursales fait que cette différence est beaucoup moins tranchée et qu'en certains cas, tout au moins (grands magasins par exemple), elle est peu accusée.

Ce principe, que la protection de l'enseigne est limitée à la localité où est située l'entreprise commerciale qui en fait usage et que l'enseigne est, à l'inverse de la marque, une chose stable et qui ne bouge pas, nous la trouvons affirmée avec plus de netteté encore, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 19 décembre 1898 (1), et dans une note de M. Claro sous un arrêt de la Chambre civile du 30 novembre 1903 (2).

Attendu, dit la Chambre des Requêtes, que l'arrêt attaqué constate que la *maison de commerce de Sicre est établie à Paris, que celle de Cadier est à Saint-Etienne*, que l'arrêt constate, en outre, *qu'il s'agit d'une simple enseigne et non point du nom d'un établissement commercial possédant une notoriété considérable en dehors de la localité, et que l'enseigne litigieuse ne comprenait pas de raison commerciale.....*

Par ailleurs, voici comment s'exprime M. Claro, sous l'arrêt de la Chambre civile précité : « Il existe une grande différence entre la marque de fabrique et l'enseigne. Tandis que la première a pour but de distinguer des autres un magasin qui ne se déplace pas, la seconde s'applique à des produits destinés

1) Dalloz 1899, I, 319.

2) Dalloz 1905, I, 337.

à circuler sur tous les points du territoire, *on conçoit donc que la protection de la marque ne puisse recevoir dans l'espace la même limitation que celle de l'enseigne.*

« Faisons le point;

« Des décisions et des notes qui précèdent il résulte que la jurisprudence approuvée par certains auteurs décide que la protection de l'enseigne est limitée à la localité. La raison de pareilles décisions est facile à trouver. Dans toutes les circonstances de fait où les juges ont eu à se prononcer à cette époque, le commerce était beaucoup plus local qu'aujourd'hui. On pouvait parler de l'enseigne comme d'une désignation *« servant à distinguer un magasin qui ne se déplace pas »*.

En est-il aujourd'hui de même d'un magasin comme le Bon Marché, par exemple, qui a des succursales dans toutes les villes importantes? D'autre part, les communications sont telles que le rayonnement est plus facile et qu'en fait, dans certains cas, il est considérable. La jurisprudence s'en est fort bien aperçu et c'est pourquoi aujourd'hui ce n'est plus pour elle un principe, que la protection de l'enseigne et de la raison de commerce est limitée à la localité dans laquelle une maison a un établissement. Nous allons le voir, il n'est même plus besoin, pour que la raison de commerce et l'enseigne soient protégées dans une localité, que la maison à laquelle elles appartiennent ait un établissement dans cette localité.

A vrai dire, la justification apparaît plus facile pour la raison de commerce que pour l'enseigne. Et même on a pu dire (1), que dans ce cas, c'est

1) Dalloz 1914, 5, p. 27. Observations sous jugement du Tribunal Civil de Niort, 19 février 1909.

moins l'enseigne elle-même, moins la dénomination du devant de la porte que la raison de commerce, le nom sous lequel est connu l'établissement, dont la propriété est protégée. Ce n'est pas notre avis.

Sans doute, avons-nous dit, une protection qui n'est pas limitée à la localité où existe un magasin ou une succursale *semble* plus facile à justifier pour la raison de commerce.

En effet, la raison de commerce apparaît sur les prospectus, les réclames, les voitures de livraisons, elle est apposée sur les objets vendus. De nos jours, pour les grands magasins, elle circule presque autant que la marque de fabrique. Mais que dire de l'enseigne. S'il n'y a point de succursale dans une localité, elle n'apparaît pas. *Eh ! bien, précisément pour cela, le danger de confusion est (pour une partie de la clientèle tout au moins) beaucoup plus grand.* Qu'il y ait dans une ville deux magasins portant l'enseigne *A la Belle Jardinière*, et le client moyennement attentif a, au moins, une chance sur deux de ne pas être trompé par l'enseigne sur la véritable identité du magasin. Si, au contraire, il n'y en a qu'un, et dans le cas qui nous intéresse il faut supposer que c'est celui qui n'y a pas droit, il sera certainement induit en erreur par l'enseigne. Et cela est vrai surtout du cas où il s'agit d'un grand magasin, dont est usurpée l'enseigne sur la foi de laquelle un étranger ou un touriste croit à l'existence, dans la ville, d'une succursale.

Envisagée ainsi, il apparaît que l'enseigne doit jouir d'une protection égale à celle de la raison de commerce. Le fait que l'enseigne et la raison de commerce sont souvent constituées par la même dénomination ne saurait permettre d'induire que c'est seulement la raison de commerce qui doit être protégée. Les décisions qui vont suivre montreront que la juris-

prudence a effectivement protégé l'enseigne indépendamment de la maison de commerce.

Signalons tout d'abord une décision du Tribunal de Commerce de la Seine du 9 juin 1925, dans laquelle on trouve affirmée cette idée que la question de distance importe peu, étant donné que par sa publicité et ses prospectus, la Samaritaine est universellement connue (1).

Voici maintenant une décision de la Cour d'Appel de Colmar qui est remarquable en plus d'un point et que nous avons eu l'occasion de citer plus haut (2). En ce qui concerne le point de vue qui nous occupe maintenant, voici quelques attendus qui nous paraissent dignes d'être cités intégralement.

« Attendu, que si on a pu admettre à un moment donné que l'intérêt de celui à qui appartient l'enseigne par antériorité était restreint à la localité où se trouve situé l'établissement qu'elle désigne, la situation a bien changé depuis que le développement des communications et les progrès énormes réalisés en matière de transmission de réclames sont tels qu'on les voit se faire aujourd'hui couramment par télégraphie sans fil.

Attendu que l'intérêt du propriétaire de l'enseigne à éviter des confusions avec une maison rivale est changé, qu'il n'est plus confiné dans la ville; qu'il en résulte, sans que le principe plus haut énoncé reçoive une atteinte quelconque, que l'enseigne doit être protégée *là jusqu'où s'étend l'intérêt de la maison qui l'utilise.*

1) On trouvera sous cette décision qui est rapportée dans les « Annales de la Propriété Industrielle » de 1926, page 37, une note qui insiste sur cette affirmation heureuse que la protection de l'enseigne comme celle de la raison sociale ne saurait être limitée dans l'espace quand la confusion est possible en dépit de l'éloignement.

2) Dalloz 1926, p. 571.

Attendu que ce n'est qu'énoncer une vérité lumineuse que de dire que les affaires des Magasins du Louvre de Paris s'étendent sur tout le monde, et notamment jusqu'en Alsace, qu'on ne saurait nier que les affaires de la demanderesse se sont toujours étendues jusqu'à ces régions, que, par conséquent, la protection doit lui être assurée en Alsace.

Attendu que la jurisprudence s'est déjà manifestée en ce sens à de nombreuses reprises.

Attendu qu'il est bien possible, ainsi qu'on l'allègue, que les Alsaciens de Mulhouse et environ soient les principaux clients de la demanderesse, et qu'ils n'ignorent pas que cette maison n'a rien de commun avec son homonyme de Paris, mais qu'il n'en est pas de même de l'étranger à la ville, fréquentée par de nombreux touristes et visiteurs et qui peuvent, eux, confondre en leur esprit le Louvre de Mulhouse avec celui de Paris, et croire à l'existence à Mulhouse d'une succursale de Paris.

Attendu qu'il suffit qu'une confusion soit possible pour que le propriétaire de l'enseigne soit en droit d'en demander la suppression à celui qui s'en sert à tort, sinon frauduleusement.

Attendu que la confusion est d'autant plus possible en l'espèce que la défenderesse a ajouté après le mot « Louvre » inscrit au fronton de sa porte principale, les mots « Société Anonyme », qui est justement la forme de société choisie par la firme parisienne...

On ne saurait mieux dire.

Sans revenir sur les termes de cet arrêt qui sont suffisamment clairs et qui expriment admirablement notre opinion, nous voulons seulement retenir la justesse de la remarque que nous faisons plus haut à savoir que le principe sur lequel s'appuie la jurisprudence pour donner aujourd'hui des solutions plus

sévères n'a pas changé. Le préjudice subi, résultant de la confusion est toujours la mesure de l'action.

Mais l'évolution économique a fait que la confusion est devenue possible dans des cas, où auparavant elle ne l'aurait point été.

*
* *

On peut maintenant embrasser d'un regard rétrospectif tous les principes qui régissent la matière de la protection du nom commercial.

Tout d'abord, dans l'état actuel du droit français, il n'existe pas de protection préventive du nom commercial.

Quant à la répression, nous avons vu que la loi pénale de 1824 ne peut s'appliquer au nom du commerçant que lorsque celui-ci est en même temps fabricant. Enfin il n'y a pas de loi générale sur la concurrence déloyale.

La jurisprudence doit donc assumer toute la tâche. Pour cela, elle ne dispose que du principe général d'équité contenu dans l'article 1382.

En dépit du droit de propriété qu'elle reconnait au titulaire du nom (à condition que la dénomination soit, *à priori*, susceptible d'un droit exclusif), elle va exiger la preuve que le choix de la dénomination incriminé est susceptible de porter préjudice au premier usager, préjudice dont la source est la confusion entre les deux noms. Cette preuve, elle l'exige parce qu'il y aurait une rigueur inutile à empêcher un tiers de faire usage d'une dénomination si cet usage n'est susceptible de causer aucun dommage à personne, parce que cela équivaldrait à limiter inutilement le principe de la liberté du commerce. Cependant, cette preuve une fois faite, il importera peu de savoir dans quelles circonstances de lieu ou de temps la

confusion aura pu se produire; il suffit qu'elle existe pour justifier la sanction.

Mais quelle que soit la latitude dévolue aux juges du fait de l'absence de textes précis, leur liberté ne sera pas absolue quant aux sanctions relatives à la protection du nom. Certes, une fois le droit exclusif reconnu et le dommage prouvé, la faculté d'accorder les dommages-intérêts ne reçoit aucune limitation. Mais, si les dommages-intérêts peuvent parfois réparer le préjudice subi — ce à quoi ils sont normalement destinés — ils sont, nous l'avons vu, un piètre moyen de répression contre la concurrence déloyale. C'est pourquoi, nous avons affirmé avec la Cour de Cassation que le juge avait le droit et le devoir d'ordonner toutes mesures susceptibles de la faire cesser dans l'avenir. En vain prétendrait-on que le droit de propriété de chacun sur son nom est un obstacle à de telles mesures, car s'il est vrai, aux termes de l'article 544 du Code civil, que le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, il est vrai également, au titre de ce même article, qu'il est interdit d'en faire un usage contraire aux lois et aux règlements. Ainsi le juge pourrait-il ordonner jusqu'à la suppression du nom choisi. Ce sera le moyen le meilleur et le plus simple d'en finir avec la concurrence déloyale.

Seule, reste intangible cette limitation à la libre décision du juge, qu'en aucun cas elle ne saurait aboutir à l'interdiction de pratiquer le commerce. Or, en fait, l'interdiction d'exercer le commerce sous son nom aboutit plus ou moins, et indirectement, à l'interdiction pure et simple de pratiquer le commerce. Il n'importe que pour cela le choix d'un autre nom soit possible. Le principe de la liberté du commerce et du libre choix du nom s'opposent à ce qu'un commerçant soit gêné dans cette faculté par une res-

triction apportée à cette double liberté. Mais, que la suppression du Juge n'aboutisse pas à une pareille interdiction et toute latitude est reconnue à ce dernier pour empêcher le titulaire du nom d'abuser de son droit, ce droit fut-il un droit de propriété.

En dernière analyse, il apparaît que deux principes régissent la matière de la protection du nom commercial en droit français. C'est, d'une part, le principe absolu de la liberté du commerce. C'est, d'autre part, le principe général d'équité.

La liberté, pour l'individu, d'exercer le commerce sous une dénomination de son choix, ne saurait être restreinte à moins qu'il n'en résulte un dommage pour le concurrent précédemment établi ou une source d'erreur pour les tiers.

Mais, si ce dommage advenait, il faudrait, d'abord, le réparer ; ensuite il faudrait empêcher qu'il se reproduisît dans l'avenir. Et cela serait possible par tous les moyens, sauf ceux qui aboutiraient à un résultat contraire au principe de la liberté du commerce.

TROISIÈME PARTIE

**LA PROTECTION DE LA FIRME
EN DROIT ALLEMAND**

Nous avons laissé pressentir, chemin faisant, que la législation allemande était beaucoup plus précise et complète que la législation française en ce qui concerne la protection du nom commercial. Cela est apparu, notamment, quand nous avons traité du registre du commerce. Nous avons dit que, par le moyen de ce registre, le législateur allemand assurait la protection préventive du nom commercial. Les dispositions relatives à cette protection sont contenues dans le Code de Commerce du 10 mai 1897, mis en vigueur en 1900. D'autre part, l'article 37 de ce même Code prévoit les cas où le commerçant a été lésé dans son droit à la firme. Egalement, nous avons eu l'occasion d'indiquer qu'il existait en Allemagne une loi sur la concurrence déloyale, loi du 7 juin 1909, modifiant l'ancienne loi du 27 mai 1896. Enfin, il faut dire que bien que cela soit contesté par certains auteurs, il est permis de trouver dans l'article 12 du Code Civil un texte qui, largement interprété, assure dans certains cas la protection de la firme. La jurisprudence allemande la plus récente se prononce dans ce sens.

Avant d'entreprendre l'étude de ces différents textes, il convient, sans doute, de donner une notion précise de la firme allemande qui, en plus d'un point, diffère du nom commercial tel qu'il existe dans la conception française. Mais encore faut-il

savoir quels sont les commerçants qui ont droit à la firme; car suivant le droit allemand, il existe plusieurs catégories de commerçants et tous n'ont pas droit à l'usage de la firme. C'est donc cette double question qu'il convient de poser tout d'abord. Quels sont les commerçants qui ont droit à l'usage de la firme ? Qu'est-ce que la firme ?

TITRE 1^{er}. — Notion et nature juridique de la firme

CHAPITRE PREMIER

Des commerçants et de la firme en général

Parmi les individus qui ont la qualité de commerçant, le Code de Commerce allemand fait une ventilation que nous ne retrouvons pas en droit français. Certaines règles et même des institutions complètes sont le bénéfice d'une seule catégorie de commerçants : les *Volkaufmann* (pleins commerçants). Cette faveur apparente s'explique par le fait que ce bénéfice n'est pas sans comporter aussi des charges lourdes et dangereuses. C'est du moins dans cet esprit que le législateur allemand a refusé aux *Minderkaufmann* (moindres commerçants) le bénéfice et la charge de certaines institutions ou seulement de certaines règles. On peut aussi opposer au plein commerçant, le *Nichtkaufmann* (non commerçant) et le *Scheinkaufmann* (commerçant apparent); mais cette distinction a peu d'intérêt, et, surtout quant au point de vue qui nous occupe, il suffira de distinguer entre plein commerçant et moindre commerçant.

Le Code de commerce allemand dit, dans son article 4, alinéa 1 (et c'est la base de la distinction) : « Les dispositions relatives aux firmes et aux livres de commerce, ainsi qu'aux procurations, ne s'appliquent ni aux artisans ni aux personnes dont l'industrie ne dépasse pas la limite d'un petit métier. » A contrario, il faut en déduire qu'elles s'appliquent à tous les autres commerçants. Ceux-là sont les pleins commerçants.

Restent à examiner de plus près les conditions qu'il faut remplir pour être moindre commerçant.

L'article 4 parle des artisans et des personnes dont l'industrie ne dépasse pas la limite d'un petit métier. Naturellement, il s'agit des artisans en tant qu'ils sont en même temps commerçants, mais encore, quel est le critérium qui va déterminer la condition d'artisan? « La définition d'artisan, dit M. Cosacq (1), est exclusivement déterminée par les habitudes commerciales et les traditions historiques; le critérium n'est point dans l'étendue du négoce, encore moins dans le titre que s'attribue l'industriel (d'un côté maître, de l'autre fabricant et autres analogues), mais dans l'organisation de l'exploitation. De même, « le peu d'importance » (article 4, alinéa 1 : petit métier) d'une exploitation, n'est pas déterminé par son étendue, mais par son organisation. Il s'agit de savoir si les habitudes commerciales, étant donné la nature spéciale de l'entreprise, nécessiteront de la part du chef de l'exploitation une certaine éducation commerciale, par exemple la capacité de tenir des livres commerciaux. Il va sans dire que, de ce chef, il y a des commerçants dont on peut sans difficulté reconnaître la condition. Ce sont, par exemple, les revendeurs, les colporteurs. Ceux-là sont sans

1) Traité de droit commercial. Traduction Mis, tome I, p. 84.

aucun doute des moindres commerçants. L'organisation, si l'on peut dire, d'un colporteur, est évidemment si élémentaire qu'elle ne saurait justifier la qualité de plein commerçant. Pour la même raison et dans un sens opposé, les sociétés par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les associations inscrites, ne sauraient être des moindres commerçants, même si l'objet de leur entreprise était une industrie de moindres commerçants; le caractère commercial de ces sociétés est indépendant de l'objet de l'entreprise.

Cela dit, quelles sont les institutions de droit commercial fermées aux moindres commerçants et réservées aux pleins commerçants ?

Ce sont : le registre du commerce, les livres de commerce, les firmes, les procurations. Seuls nous intéressent le registre du commerce et les firmes. Retenons désormais que, seuls, les pleins commerçants sont admis à s'en servir.

Il n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage de faire une étude détaillée du registre de commerce allemand. Sachons qu'il joue, comme en France, le rôle d'instrument de publicité et, pour le surplus, nous verrons son fonctionnement en étudiant la protection de la firme.

Qu'est-ce que la firme ?

Suivant l'article 17 du Code de Commerce, la firme est le nom sous lequel le commerçant fait ses affaires et dont il signe ses engagements (1).

1) Nous mettons en garde contre une traduction qui est parfois donnée du mot *firma*, notamment par M. Carpentier (législation commerciale de l'Allemagne, Code de Commerce), le mot *firma* est rendu par : *raison de commerce*. On a vu quel était le sens du mot *raison de commerce*, il est synonyme de *raison commerciale*, de nom de fantaisie : A la Belle Jardinière, par exemple. La contradiction apparaît, flagrante, si on remarque d'une part que le mot *firma* vient du latin moyenageux *firmare* = fortifier, rendre valable un document en y apposant la main, en le signant — que le rôle de la firme est conforme à

Supposons maintenant qu'un plein commerçant veuille adopter une firme; c'est lui-même qui la choisira. En principe, ce choix est libre ; mais cette liberté subit des limitations importantes.

Prenons tout d'abord le cas d'un commerçant qui crée une entreprise, par opposition à celui où le commerçant acquiert d'un cessionnaire et l'entreprise elle-même et la firme sous laquelle l'entreprise est menée.

Le premier principe qui limite la liberté du choix, c'est le principe de vérité.

Nous avons eu l'occasion d'indiquer, chemin faisant, qu'en ce qui concerne l'entreprise créée, le droit allemand était plus rigoureux que le droit français quant au principe de vérité. En effet, c'est une obligation (et non plus une latitude) pour le plein commerçant d'insérer dans la firme son nom patronymique et de lui adjoindre un prénom en toutes lettres; il faut que la firme évoque la véritable personnalité du commerçant, lorsque ce dernier crée une entreprise ou, plus généralement, chaque fois qu'il ne tient pas cette firme d'un prédécesseur. Par ailleurs, le créateur de la firme doit satisfaire à d'autres obligations. Les indications complémentaires, mêmes fantaisistes, sont admises, mais à condition qu'elles ne soient pas de nature à tromper les tiers sur la nature de l'exploitation ou sur la situation du propriétaire du fonds de commerce (Code de Commerce, art. 18, alinéa 2). Notamment sont admises, on pourrait même dire recommandées, les additions qui ont pour but de distinguer la personne du négociant ou sa maison (C.D.C., art. 18, alinéa 2, in fine). Au contraire, un commerçant isolé contrevient à cet article lors-

cette signification et, d'autre part, que la raison de commerce telle que nous l'entendons en droit français, ne saurait remplir ce rôle.

que, par exemple, il fait usage d'une indication accessoire susceptible de faire croire à l'existence d'une association.

Ces dernières restrictions apportées à la liberté du choix du nom sont parfaitement justifiées; elles sont commandées par l'intérêt des tiers. Mais on comprend moins l'utilité de l'obligation d'insérer dans la firme le nom patronymique augmenté d'un des prénoms.

Il n'importe à notre avis, pour les tiers, que le commerçant se fasse connaître dans le commerce pour la première fois, sous une désignation ou une autre. A aucun moment, il ne saurait induire les tiers en erreur sur sa personnalité, à condition que le choix de la désignation une fois établi, il n'en change pas à tout venant. Le fait que la désignation n'est pas le nom patronymique ne saurait être une source d'erreurs; on aura tôt fait d'identifier la personne qui l'a adoptée. Quant à l'entreprise elle-même, il est absolument indifférent qu'elle soit identifiée par le nom patronymique du commerçant qui l'exploite ou par un nom d'adoption. Dans l'autre cas, l'identification sera satisfaisante à condition que la dénomination soit constante.

Ainsi, la rigueur de la législation allemande paraît excessive, et surtout inutile. C'est pourquoi on n'est pas peu étonné de constater que cette rigueur disparaît au moment où, précisément, elle deviendrait nécessaire, au moment où l'intérêt des tiers est en jeu.

En effet, supposons maintenant que le plein commerçant ne crée pas sa firme, mais qu'il l'acquière d'un prédécesseur, accessoirement à l'entreprise commerciale (1). Il est permis à cet acquéreur

1) Signalons que, à l'inverse de ce qui se passe en droit français, la cession de l'entreprise n'implique pas la cession de la firme correspondante ? Alors qu'en France, il est présumé, sauf dispositions contraires, que la firme est transmise avec le fonds de

d'exercer le commerce sous la firme du cédant, et cela sans qu'il soit obligé de faire apparaître sa qualité de successeur. Il peut de même signer ses engagements du nom qui lui a été transmis. C'est là qu'apparaît la contradiction dans le système allemand de la firme. Appliquant le principe de vérité, dans le cas où il s'agit d'une firme créée, avec une rigueur, nous l'avons vu, inutile, elle l'abandonne au moment où cette rigueur serait justifiée. Ici la mention de « successeur » est nécessaire si on veut que les tiers ne soient pas induits en erreur sur la véritable personnalité du commerçant.

Supposons maintenant qu'une raison sociale soit acquise par un commerçant isolé. Cette raison sociale implique un rapport d'association, alors que ce commerçant n'a pas d'associé. Ce serait par exemple le cas d'un individu nommé Henri Tous-saint, qui serait propriétaire de la firme Patz et Flohr. Il est, en effet, permis à un individu d'exercer le commerce sous la raison sociale de son prédécesseur (1). Mais à cela il n'y a rien à redire car la confusion est, à notre avis, évitée par le fait que, en outre de la firme et à la même place devra figurer le nom patronymique du commerçant avec un prénom écrit en toutes lettres. Dès lors, on ne sauraît élever aucune critique contre ce système qui a l'avantage de concilier le caractère de perpétuité de la firme et le principe de vérité. On s'étonne seulement qu'il n'en soit pas de même en ce qui concerne les noms des commerçants isolés. Cela peut s'expliquer par cette considération que

commerce, la présomption en Allemagne est contraire et, si le consentement spécial du prédécesseur ou de ses héritiers n'est pas expressément stipulé, la firme n'est pas transmise accessoirement au fonds.

1) Dans ce sens, décision du Reich-Gericht 15, p. 110.

si l'acquéreur d'une raison sociale est obligé d'ajouter son nom à la firme, *c'est pour que les tiers ne croient pas avoir affaire à une société quand ils traitent avec un individu isolé, et non pas pour qu'ils soient avertis de la véritable personnalité du successeur*. De ce dernier point, le législateur allemand n'a cure, ou plutôt il prétend que le registre du commerce où apparaissent les noms du cédant et du cessionnaire est un remède suffisant contre les erreurs possibles de la part des tiers.

Il est un autre principe qui limite la liberté du commerce relativement au choix de la firme : c'est celui de l'unité de la firme; le plein commerçant devra user dans l'exploitation de son commerce d'une firme unique dont la forme, déterminée une fois pour toutes, restera immuable. C'est ce que dans la langue allemande on appelle le *Firmenpflicht* (obligation à la firme), par opposition au *Firmenrecht* (droit à la firme). Telle est du moins l'opinion presque unanime de la doctrine et de la jurisprudence (1). Elle est en tous points conforme au principe de vérité, dont le principe d'unité n'est que le cololaire. Permettre au commerçant de pouvoir signer à sa fantaisie de diverses firmes serait le meilleur moyen de dérouter les tiers et de les induire en erreur. A ce titre, l'opinion contraire ne saurait être admise.

Enfin, le troisième principe auquel doit satisfaire la firme et qui en limite le choix est celui de la nouveauté de la firme. Le plein commerçant est limité dans le choix qu'il peut faire de la firme par l'obligation que la loi lui impose de la choisir différente de celles du même lieu ou de la même commune, déjà inscrites au registre du commerce. (Art. 30

1) Contra Thol. Pratique de Droit Commercial, p. 25.

C. d. C.) Nous étudierons plus loin ce principe et ses conséquences, en même temps que nous parlerons de l'enregistrement et de la protection préventive de la firme par le moyen du registre de commerce

Nous avons vu que seuls les pleins commerçants avaient droit à la firme. Quelle est maintenant la situation des moindres commerçants ?

Le moindre commerçant exerce le commerce sous son nom patronymique, lequel, à la différence de ce qui se passe en droit français ne devient jamais un nom commercial. Il n'a pas à faire enregistrer son nom, il est à la fois dispensé des obligations auxquelles est soumis le plein commerçant et privé des avantages qui en résultent. Il n'est pas nécessaire qu'il prenne soin de le distinguer des firmes enregistrées des pleins commerçants non plus que du nom des autres moindres commerçants. Naturellement il ne saurait de son côté exiger que ces concurrents distinguassent leur nom du sien. Il ne peut, lorsqu'il achète un fonds de commerce acheter en même temps le nom du vendeur. Si, par le fait d'un changement considérable dans l'organisation de son exploitation, un commerçant passe de la condition de plein commerçant à celle de moindre commerçant il n'aura pas le droit d'employer son ancienne firme pour exercer le commerce, à supposer qu'elle ne soit pas conforme (1) à son nom patronymique. Ce serait par exemple le cas d'un commerçant qui exerçait le commerce sous une firme acquise de son prédécesseur.

A notre avis, on ne saurait mieux mettre en évidence la différence entre la firme du plein commerçant et le nom sous lequel le moindre commer-

1) Th. Cohn. Der Schütz des Handelsnamens in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, octobre 1926, page 499.

çant pratique le commerce, qu'en disant que *le nom du moindre commerçant est toujours un nom civil*. A ce titre, il est d'ailleurs protégé par l'article 12 du Code Civil. Notons tout de suite que cette distinction est en opposition avec la notion française du nom commercial. En effet, en droit français, le nom patronymique devient nom commercial dès qu'un commerçant en fait usage, l'importance de son entreprise serait-elle minime.

Dans l'étude que nous avons faite du nom commercial en droit français, nous avons vu que cette notion de nom commercial s'étendait aussi bien à la raison de commerce et à l'enseigne qu'à la raison sociale et au nom signature. La définition même que nous avons donnée de la firme aux termes de l'article 17 du Code de Commerce s'oppose à ce que nous fassions de même en droit allemand. Mais, ce n'est pas à dire que la raison sociale et l'enseigne ne soient pas protégés. Certes, ils ne le sont pas aux termes de la troisième section du Code de Commerce qui traite des firmes, puisqu'ils ne sont pas des firmes. Mais la protection en est assurée aux termes de la loi de 1909 sur la concurrence déloyale ainsi qu'aux termes du principe général d'équité qui est contenu dans l'article 823 du Code Civil. Il n'est pas jusqu'à l'article 826 du même Code qui ne puisse, en certains cas, être invoqué.

Du fait que la raison de commerce et l'enseigne ne sont pas protégés au titre de la troisième section du Code de Commerce, il faut retenir seulement que la firme, dont le plein commerçant peut signer ses engagements a, comme telle, fait l'objet des préoccupations spéciales du législateur.

CHAPITRE II

Nature juridique de la firme

La notion du droit au nom que nous trouvons en France affirmée depuis longtemps, et dans la doctrine et dans la jurisprudence, a vu le jour en Allemagne à une époque relativement récente, contemporaine de la création du Code civil.

Dans les toutes dernières années du dix-neuvième siècle (1), on discutait encore sur le point de savoir si le nom pouvait faire l'objet d'un droit privé. Au nombre des auteurs qui contestaient ce droit on pouvait compter des juristes allemands très distingués au nombre desquels JHERING.

Nous avons vu, en étudiant la nature juridique du nom civil en droit français, que M. PLANIOL affirme qu'il n'y a pas de droit au nom présentant un caractère spécifique, que le nom est une institution de police civile, la forme obligatoire de la désignation des personnes. Cette conception est assez conforme aux hésitations qu'on rencontre dans la doctrine allemande à l'époque que nous avons signalée. En France, sans vouloir adopter la théorie du droit de propriété telle qu'elle émane

1) Code Civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

de la jurisprudence et à laquelle certains auteurs, notamment M. POUILLET, se sont ralliés autrefois, on peut dire que la majorité des auteurs reconnaît l'existence d'un véritable droit sur le nom civil. En Allemagne, ce fut KOHLER (1) qui, le premier, affirma l'existence d'un droit privé sur le nom en s'inspirant des conceptions courantes en droit français. Quant au droit à la firme, il a été consacré par le Code de commerce ancien et les dispositions qui lui sont relatives ont été transportées dans le nouveau Code de 1897 mis en vigueur en 1900.

Précisément ces dispositions sont de nature à faire hésiter sur le point de savoir si l'on doit considérer la firme comme faisant l'objet d'un droit privé. Le problème de la nature juridique de la firme est, en Allemagne, plus complexe que le problème de la nature juridique du nom commercial en droit français. En effet, la protection du nom commercial est subordonnée à la demande qui en est faite par l'intéressé : au contraire, le paragraphe premier de l'article 37 du Code de commerce allemand dispose que « celui qui fait usage d'une firme qui ne lui appartient pas au titre des articles précédents, doit être contraint, au moyen des peines disciplinaires, *par le Tribunal qui tient le registre*, de cesser l'emploi de la firme ». Donc, sans préjudice de l'action de la personne lésée prévue au paragraphe 2 du même article, il existe une *action publique*. Le juge peut ordonner l'abandon de la firme indépendamment de toute demande de la partie lésée.

De ce fait, la question de la nature juridique de la firme est double en droit allemand. Avant de se

1) Das Recht des Markenschützes Würzburg 1888 et Bürgerliches Recht Band (archives de droit privé) volume 5, page 77, et Archiv für die zivilistische Praxis, volume 82, page 141.

poser la question de savoir s'il s'agit d'un droit patrimonial, ou d'un droit de la personnalité, il faut d'abord rechercher si la firme est l'objet d'un droit privé ou si elle appartient au domaine de l'action publique.

Les auteurs allemands qui prétendent que la firme est dans le domaine de l'action publique affirment tout d'abord que le caractère déterminant est celui de la protection, laquelle est d'ordre public quand elle est assurée par l'Etat et d'ordre privé quand elle est réservée à la faculté de l'individu.

Il n'est pas douteux, et tous les auteurs allemands le reconnaissent, que la protection de la firme est d'ordre public dans la mesure où, indépendamment de la plainte de l'individu, le tribunal où est tenu le registre, a le droit, *le devoir*, au moyen des peines disciplinaires, de contraindre un individu à cesser de faire emploi d'une firme. Mais cette constatation suffit-elle à justifier cette affirmation, que la firme ne saurait faire l'objet d'un droit privé et qu'elle appartient complètement au domaine de l'action publique.

Certains auteurs au nombre desquels SCHMAUSER et HAAB l'ont prétendu (1). Il va sans dire que le paragraphe 2 de l'article 37 qui prévoit l'action de l'individu était susceptible de gêner considérablement l'argumentation en faveur d'une pareille théorie. SCHMAUSER s'en débarrasse en déclarant que l'on peut considérer cette action comme la conséquence des mesures d'ordre public, prévues au paragraphe premier du même article. Au surplus, prétend cet auteur, elle ne saurait être considérée

1) Schmauser : das Recht an der Handelsfirma Erlanger Inaugural dissertation Nuremberg 1892, page 27.

Haab : Beitrag zur Geschichte und Dogmatik der Handelsfirma Jenenser Inaugural Dissertation. Strasbourg 1888.

comme résultant d'un droit privé. En effet, il résulte du paragraphe 30, alinéa 1^{er}, du Code de Commerce, que la protection de la firme est limitée à une partie du territoire. Or, cela ne saurait être le fait d'un droit privé dont la protection doit être assurée partout.

D'autre part, dit-il, et cet avis est aussi exprimé par OSHAUFEN (1), la protection de la firme est assurée indépendamment du concours de l'intéressé et même contre sa volonté. On peut répondre à cette argumentation (2) en faisant d'abord remarquer que s'il est vrai que la protection de la firme est locale, cela n'implique pas nécessairement qu'il ne puisse être question d'un droit privé, car on peut concevoir des droits de ce genre, dont la protection est limitée dans l'espace : par exemple le droit qui naît d'une clause insérée au contrat de vente d'une entreprise, clause aux termes de laquelle le vendeur s'engage à ne point s'établir *dans un rayon déterminé*. Si, en ce qui concerne l'atteinte portée à la firme, le législateur a restreint la protection dans l'espace, c'est qu'il a paru inutile de prendre des mesures de précaution pour protéger un droit qui, du fait de l'éloignement, ne devait subir aucune atteinte.

Quant à l'argument tiré de ce que la firme est protégée indépendamment de la volonté de l'intéressé, on doit reconnaître qu'il a une certaine portée. Mais tout ce qu'on peut en conclure, c'est que, dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, la protection de la forme revêt un caractère d'ordre public.

Ainsi, on peut dire que la majorité des auteurs

1) Das Verhältnis des Namenrechts zum Firmenrecht. Berlin 1900, page 95.

2) Walter Bühner Der Rechtsschutz der Firma, page 23.

allemands reconnaissent à la firme un caractère de droit privé. Le caractère public et privé de la protection subsistent côte à côte, ils se complètent et ne se contredisent point. A ce point de vue on peut seulement dire que la firme se présente sous deux aspects différents suivant qu'on envisage l'action du juge ou celle du particulier.

Notamment M. WALTER BUHNER rapporte l'argument que les adversaires de SCHMAUSER entendent mettre à profit, à savoir : que la protection du droit de l'individu sur le nom est assurée, en outre des dispositions du Code de Commerce, par l'article 12 du Code Civil ainsi conçu : « Si le droit à l'usage d'un nom est contesté à l'ayant-droit par une autre personne ou que l'ayant-droit soit lésé dans son intérêt par ce fait qu'un autre se sert indûment du même nom, l'ayant droit peut exiger la cessation du fait préjudiciable. » On ne saurait nier que dans ce cas la protection du nom revêt un caractère d'ordre privé à l'exclusion de tout caractère d'ordre public.

Le problème de la nature juridique de la firme peut, nous l'avons vu, se présenter sous un autre angle. Il faut rechercher si le droit à la firme peut, en dernière analyse, être ramené à un droit de propriété, ou s'il est un droit de la personnalité et dans quelle mesure.

Ce qui paraît le plus certain, c'est qu'à l'heure actuelle, il n'y a plus guère de partisans du droit de propriété. Au nombre des auteurs qui autrefois se firent les défenseurs de cette théorie, il faut compter IHERING et WIARDA (1) qui s'inspirèrent du droit français pour affirmer que la firme faisait

1) *Ihering*. Rechtschütz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. *Jarbücher für Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, volume 23, page 303.

Wiarda. Über deutsche Wornamen und Geschlechtsnamen, p. 205.

l'objet d'un véritable droit de propriété. On a donné pour combattre cette théorie les arguments suivants (1) :

La firme entre dans la catégorie des *res incorporales* et la notion du droit de propriété n'est pas compatible avec la notion de chose incorporelle.

Si la firme pouvait faire l'objet d'un véritable droit de propriété, on pourrait l'aliéner à sa fantaisie, alors que cette aliénation n'est possible que suivant certaines règles et sous certaines restrictions. A ce titre, la notion de propriété est contraire aux dispositions contenues dans les articles 22 et 23 du Code de Commerce.

Enfin, quant à la protection, le droit de l'individu à faire respecter sa firme ne saurait être considéré comme un droit de revendication. Il appartient à la catégorie des droits négatoires. Par l'action en justice ce n'est pas la propriété de son nom que l'on revendique, on prétend seulement en interdire l'usage à un autre.

A notre avis, il n'y a aucun intérêt à discuter la portée de ces arguments, car à l'heure actuelle la théorie du droit de propriété est absolument périmée (2). En Allemagne, la question ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en France : le droit à la firme est-il un droit personnel ou un droit de propriété ? Il s'agit de savoir si la firme appartient à l'individu ou si elle appartient à l'entreprise.

1) Walter Bühner op. cit., p. 18.

2) Pour comprendre qu'il était difficile en droit allemand d'admettre pour le droit au nom la nature du droit de propriété, il faut savoir que la signification juridique du mot « Eigentum » est beaucoup moins large que celle de notre mot « propriété ». Seules sont susceptibles d'un pareil droit les « *res corporales* » à l'exclusion des « *res incorporales* », partant des choses de la propriété intellectuelle. Il y a là une ventilation qui n'existe pas en droit français. Elle permet à M. Adler de faire cette distinction subtile : il est juste de dire : telle firme ou telle marque m'appartient ; il ne faut pas dire : telle firme ou telle marque est ma propriété.

On a parfois dit dans des ouvrages français (1) que, pour la majorité des auteurs allemands, la firme désigne l'entreprise en dehors de la personne même du commerçant que celui-ci n'apparaissait jamais qu'au second plan, à telle enseigne qu'il pouvait être considéré « comme le premier employé de sa firme ». A notre avis, il y a là une exagération et de plus une erreur. D'abord quelle que soit l'importance et l'indépendance attribuées à la firme par certains auteurs, il est excessif de dire que le titulaire peut être considéré comme le premier employé de sa firme. Il y a là une affirmation très expressive et susceptible de fixer les idées, mais précisément on peut craindre qu'elle ne dépasse le but visé. Parmi les meilleurs auteurs qui rejettent la théorie du droit personnel, il n'en est pas qui soient aussi excessifs. *Ensuite, il est reconnu qu'en Allemagne la majorité des auteurs envisage le droit à la firme comme un droit personnel.*

Cette mise au point faite, voyons ces deux théories de plus près.

Suivant la définition donnée par STAUB (2) : *La firme est le nom du commerçant dans sa qualité de commerçant.* Cette définition répond à la conception de la firme telle qu'elle existe pour la majorité des auteurs. Elle s'oppose à la conception qui voudrait voir dans la firme la désignation de l'entreprise (Kaufmannlischegeschaft).

Cette dernière conception est, notamment, celle d'ENDEMANN (3). La firme serait, en elle-même, un sujet de droit, elle jouerait un rôle propre dans la vie commerciale, elle aurait son caractère et même

1) Baitry op. cit., p. 261.

2) Staub's Kommentar, p. 112.

3) Endemann Das deutsche Handelsrecht, p. 22.

sa vie propre, son existence ne dépendant pas de celle du propriétaire. Cette théorie, qui est la plus accusée parmi celles qui soutiennent l'existence de la firme indépendamment du propriétaire, voici les arguments qu'on emploie pour la justifier.

L'article 22 du Code de Commerce dispose :
« *Quiconque, par acte soit entre vifs, soit à cause de mort, acquiert une firme déjà existante, peut conserver la firme antérieure en y adjoignant ou non une mention constatant sa qualité de successeur pourvu, que le précédent titulaire ou ses héritiers autorisent expressément la continuation de la dite firme.....* »

Et l'article 23 : *La firme ne peut être aliénée qu'en même temps que le fonds de commerce y attaché.*

Des termes de l'article 22, Endemann tire cette conséquence que la firme se perpétuant indépendamment de la personnalité du propriétaire, peut être considérée comme ayant une existence propre. D'autre part, s'appuyant sur l'article 23, il déclare que la firme ne pouvant être aliénée séparément du fonds de commerce, la firme et l'entreprise peuvent être considérées comme inséparables et doivent suivre la même destinée juridique.

Il est facile de critiquer une opinion aussi entière et aussi excessive.

Tout d'abord à un argument de texte on peut répondre par un argument tiré des textes eux-mêmes.

L'article 17 du Code de Commerce dispose : « La firme d'un *commerçant* consiste dans le *nom* sous lequel il fait ses affaires, et dont il signe dans son commerce.

Tout *commerçant* peut ester en justice sous la raison de commerce, soit en demandant, soit en défendant. »

Il est facile de constater que la personnalité du commerçant apparaît à tout moment dans ce texte et cela seul suffirait, à notre avis, à combattre victorieusement une théorie aussi excessive que celle d'Endemann.

Mais, de plus, on peut mettre en doute la rigueur de la conclusion tirée des articles 22 et 23 précités. Outre les cas isolés et discutables où le propriétaire de plusieurs entreprises a été admis à transmettre l'une d'elles avec la firme et continuer d'exploiter les autres en conservant la même firme (notamment dans le cas où il s'est agi de la cession d'une succursale), il est unanimement reconnu que dans un cas l'entreprise et la firme peuvent suivre une destinée différente : c'est le cas où le propriétaire de la firme aliène l'entreprise sans la firme. Il importe peu que dans la pratique ces cas soient peu fréquents, il suffit qu'une pareille dissociation soit permise pour qu'on ne puisse pas dire que la firme et l'entreprise sont inséparables et doivent suivre le même sort (1). C'est pour de telles raisons que la majorité de la doctrine s'est prononcée en Allemagne contre la théorie d'Endemann. Ce droit à la firme serait, au contraire, un droit personnel, en principe un droit extra patrimonial. Ce serait un droit absolu donnant une action contre quiconque. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux termes mêmes de l'article 17, où la personnalité du commerçant reste toujours en évidence. C'est de *son nom* qu'il s'agit, c'est *lui*, qui peut ester en justice sous sa firme. Telle est l'opinion de Gierke, Goldmann et Garreis (2). Mais quel que soit le caractère de personnalité qu'ils reconnaissent à

1) Dans ce sens. Walter Bühner, op. cit., p. 16.

2) *Gierke* : Deutsches Privatrechts volm. I., p. 725, *Garreis* Das Deutsches Handelsrecht, p. 76. *Goldmann* : Das Handelsgesetzbuch, vol. I., p. 76.

la firme, ces auteurs sont obligés de lui reconnaître aussi un certain caractère de patrimonialité, puisque la firme est un des éléments, parfois considérable, de l'entreprise, puisque, bien qu'à devant obéir à certaines règles, l'aliénation en est possible. Mais Gierke prétend que ce « *côté patrimonial* » ne saurait faire perdre au droit à la firme son caractère de personnalité. A l'appui de cette opinion, il cite une décision de la Cour suprême allemande (1).

Ce caractère de patrimonialité dont Gierke se débarrasse trop aisément et qui est plus accusé en Allemagne qu'en France, puisque le cessionnaire peut acquérir le droit de faire usage de la firme sans être obligé de faire mention de sa qualité de successeur, ce caractère de patrimonialité a déterminé des juristes distingués à reprendre la théorie de la personnalité du droit à la firme. Au nombre de ces juristes, il faut citer M. le professeur Adler, de l'Université de Vienne (2).

Il remarque tout d'abord que la firme est l'expression de l'activité commerciale, c'est bien là que réside la différence entre le nom civil et la firme. Selon l'éminent professeur, le nom appartient à la personne et la firme à l'entreprise commerciale. Elle a sa personnalité propre indépendamment de celle du commerçant. Un changement de la personne du propriétaire laisse la firme intacte, à supposer, ce qui est souvent le cas, que le cessionnaire ait acquis le droit d'user de la firme du prédécesseur, sans être obligé de faire apparaître sa qualité de successeur. A notre avis, on ne saurait méconnaître la portée de cet argument tiré du caractère

1) Reich Gericht., p. 106.

2) Adler (Dr Em.) Beiträge zum Firmenrecht in Sonderabdruck aus der Zeitschrift das gesamte Handels und Konkursrecht, tome 85.

de patrimonialité et de perpétuité de la firme et c'est à juste titre sur cet argument que ce sont appuyés les adversaires du droit de la personnalité. Au surplus, dit-on, il y a une certaine contradiction à dire que le droit de la firme est un droit personnel, alors qu'en Allemagne, il n'existe pas jusqu'à présent ce que l'on pourrait appeler : un droit général de la personnalité (Allgemeine personlichkeitrecht). Sans doute existe-t-il, en faveur de celui dont le nom ou la firme ont été employés à tort, des textes lui permettant d'exiger de celui qui les a employés la cessation de cet usage. Pour le nom patronymique, c'est l'article 12 du Code de Commerce auquel il faut ajouter la loi sur la concurrence déloyale et, suivant une jurisprudence récente, l'article 12 du Code Civil.

Mais c'est précisément en l'absence d'un droit général de la personnalité qu'il a fallu prévoir de telles dispositions. A l'inverse, en France, un tel droit est reconnu, et c'est bien ce qui permettrait à la rigueur de se passer de dispositions de ce genre, même si la jurisprudence ne reconnaissait pas la propriété du nom civil ou commercial. Pour préciser nous allons donner et comparer deux exemples : le premier tiré de la jurisprudence française, le second de la jurisprudence allemande.

A la suite de l'action engagée par un individu nommé Duverdi, le Tribunal de la Seine a ordonné le 15 février 1882 la suppression par Emile Zola et le journal *Le Gaulois* qui éditait le roman « Pot-Bouille », du pseudonyme de Duverdy, défendant au surplus à ceux-ci de se borner à un simple changement d'orthographe.

C'est bien là reconnaître un droit de la personnalité indépendamment du droit au nom. Il est très net que ce qui est protégé ici, ce n'est pas le droit au nom, d'autant que l'orthographe avait été

changée, mais bien la personnalité même de l'individu que certains auraient pu reconnaître sous le couvert du pseudonyme.

Eh bien ! en Allemagne, un tel droit n'est pas reconnu; cela est constant en doctrine et en jurisprudence. Récemment la Kammergericht a nié nettement quoique dans un attendu très bref, l'existence d'un pareil droit. L'espèce était la suivante : Dans une pièce intitulée « Raspoutine », la Compagnie théâtrale « Piscator » avait mis en vedette la personnalité du Kaiser (1); celui-ci n'a pas eu gain de cause dans l'action qu'il a intentée, et la Kammergericht a affirmé quoique très brièvement l'inexistence d'un droit général de la personnalité.

Quant à la firme, elle n'est pas protégée en tant qu'elle se rapporte à la personnalité, mais en tant qu'elle se rapporte à l'entreprise, dans la mesure où l'abus qu'on en fait peut aboutir, par exemple, à jeter le discrédit sur l'entreprise. C'est en vain que l'on voudrait faire état de l'article 12 du Code Civil pour prétendre le contraire. Les deux exemples que nous avons donnés tout à l'heure permettent de conclure que c'est le droit sur le nom qui est protégé et non le droit général de la personnalité.

Ce sont de tels arguments qui incitent certains auteurs comme M. le Professeur ADLER à ne pas accepter l'idée de personnalité du droit au nom. Cela ne l'empêche pas (et cette réserve était à notre avis nécessaire) de considérer que derrière l'entreprise il y a le propriétaire lui-même dont on ne saurait faire abstraction. Mais la firme se présente à son avis avec une certaine indépendance qui se manifeste clairement en cas de cession, dans l'hypothèse presque toujours réalisée, où le cession-

1) Markenschutz und Wettbewerb. Année 27-28, cahier 6.

naire ayant acquis le droit à l'usage de la firme est dispensé d'indiquer la qualité de successeur.

Pour notre part, cette opinion nous séduit parce qu'elle est conforme au caractère extérieur de la firme et à l'usage qui en est fait en Allemagne ; mais nous l'avons dit, ce n'est pas l'opinion unanime. Au contraire, la majorité des auteurs et la jurisprudence tiennent le droit à la firme pour un droit personnel. Cette opinion est d'autant plus surprenante, nous l'avons vu, que la notion de droit général de la personnalité n'est pas reconnue en Allemagne. C'est précisément en l'absence d'un pareil principe que le législateur allemand a dû prévoir, pour protéger le nom de l'individu en général et du commerçant en particulier, des dispositions précises et complètes que nous allons étudier maintenant.

TITRE II. — La protection de la firme

CHAPITRE PREMIER

Protection assurée par le tribunal de district (Amstgericht) indépendamment de toute plainte de l'ayant-droit

§ 1^{er}. — PROTECTION PRÉVENTIVE

Tout d'abord, il existe dans le Code de commerce allemand des dispositions qui permettent de prévenir l'usurpation de la firme. Nous le rappelons, le registre du commerce est destiné, entre autres fonctions, à jouer le rôle de crible, en deçà duquel doivent rester toutes les firmes susceptibles d'être confondues avec une firme déjà inscrite.

Quels sont les textes sur lesquels est fondée cette protection préventive ?

Ce sont, dans l'ordre :

L'article 14 : « *Le Tribunal chargé de la tenue du Registre doit contraindre par des peines disci-*

plinaires les personnes astreintes à des déclarations, à des dépôts ou à la présentation de pièces au Registre, à se conformer à la loi.

L'article 29 : Tout commerçant est tenu de déclarer sa firme et le lieu de son établissement au Tribunal dans le ressort duquel se trouve cet établissement afin de se faire inscrire au registre du commerce.

L'article 30 : Toute firme nouvelle doit se distinguer de toutes celles existant déjà dans le même lieu ou dans la même commune et inscrites au registre du commerce.

S'il arrive qu'un commerçant ait les même nom patronymique et prénoms qu'un autre déjà inscrit au registre et s'il entend se servir de son nom comme raison de commerce, il est tenu d'adjoindre à cette raison une mention qui la distingue clairement de la première enregistrée.

Ainsi, le pouvoir du Tribunal étant reconnu par l'article 14, l'obligation de déclarer sa firme étant prescrite par l'article 29, l'article 30 dispose que le commerçant qui voudra faire inscrire pour la première fois une firme au registre du commerce, devra la rendre telle qu'elle se distinguera des firmes précédemment inscrites : De telle sorte que si elle ne satisfait pas à cette condition, le juge du registre (Registergericht) n'en permettra pas l'inscription (1).

Cela ne souffre aucune contradiction. Dès lors on conçoit l'efficacité du Registre du commerce et du système de la firme en général. Notamment on va voir que dans certains cas jugés à juste titre difficiles en droit français, ces deux institutions permettent de résoudre la difficulté par avance.

1) Le tribunal à la tête duquel est ce juge est l'Amstgericht ; c'est le degré de juridiction le plus bas (tribunal de district).

Rappelons qu'en Allemagne un individu peut pratiquer le commerce, sans, pour cela, avoir nécessairement une firme. Nous avons vu, au contraire, que la firme était le privilège des pleins commerçants.

Tout plein commerçant qui veut inscrire sa firme va être obligé, aux termes de l'art. 30 du Code de commerce, de la distinguer clairement de toutes celles existant déjà. Ce qui est remarquable, c'est qu'il en sera ainsi même si ce plein commerçant est un homonyme du premier commerçant inscrit. Sans doute, il ne sera point question de lui interdire l'emploi de son nom, mais il devra — une petite différence étant suffisante pourvu qu'elle soit claire — la distinguer de la firme précédente. On comprend la portée d'une pareille obligation; elle aboutit, dans une certaine mesure, à éviter les conflits de droit entre homonymes, conflits qui, en droit français, sont les plus délicats.

D'une façon plus générale, c'est éviter tous les actes de concurrence dommageable, qu'ils soient le fait de la mauvaise foi ou seulement de la maladresse. La vigilance du juge chargé de la tenue du registre doit avoir pour résultat d'empêcher que de pareils actes se produisent.

C'est évidemment un résultat appréciable. Mais les termes mêmes de l'article 30 restreignent considérablement la portée de ce principe. Il est dit, en effet (art. 30), que la firme doit se distinguer de toutes celles existant dans le même *lieu* (ort) ou dans la même commune (gemeinde). Tout d'abord, les auteurs ne sont pas d'accord sur la signification à donner aux mots ort et gemeinde. Suivant un premier point de vue, il n'y aurait dans les termes : « le même lieu où la même commune », qu'une pure redondance. Lieu et commune se confondraient. Il s'agirait dans les deux cas d'une délimitation d'or-

dre politique. Suivant un deuxième point de vue (1), il faudrait distinguer. Le *lieu* (ort) serait un endroit portant un nom déterminé et géographiquement limité, indépendamment de toute division politique. La commune (*gemeinde*) serait une circonscription administrative à la tête de laquelle se trouve une administration communale; le concept théorique de la commune est d'ailleurs défini par l'autorité administrative. Cette distinction d'ordre théorique n'a au surplus que peu d'intérêt; elle n'en laisse en tout cas pas moins subsister que la protection préventive par le moyen du registre du commerce n'est assurée que dans un endroit déterminé, et que dans aucun cas, elle ne saurait être étendue à tout le territoire.

Cette réserve faite, il faut bien reconnaître que la protection préventive est susceptible d'éviter bien des conflits grâce au pouvoir dont le Tribunal chargé de la tenue du registre est investi. Sans doute, il eut été dangereux de laisser à ce tribunal un pouvoir trop discrétionnaire. Nous avons vu qu'en France c'est une des raisons qu'on a invoquées à l'encontre du système.

C'est pourquoi on a admis que le commerçant qui requiert l'inscription et qui se la voit refuser, peut faire appel de la décision du Tribunal de district (*amstgericht*) devant le Tribunal d'Etat (*Landgericht*).

§ 2. — PROTECTION RÉPRESSIVE

Supposons que le commerçant qui a requis l'inscription d'une firme ait obtenu cette inscription: Si le juge a bien rempli son office, s'il ne s'est pas

1) Opet op. cit., p. 56. Goldmann op. cit., p. 146. Düringer-Hachenbürg das Handelsgetzbuch, p. 281. Staüb op. cit., p. 178.

laissé induire en erreur, cette inscription ne fera naître aucune difficulté. Mais on peut admettre, et en fait cela arrive, que le juge ait été trompé, qu'il ait inscrit à tort une firme. Le commerçant qui est susceptible de souffrir de la confusion va-t-il se voir opposer le fait de l'inscription et ne rien pouvoir à l'encontre ? Le juge lui-même qui, aux termes de l'article 37, § 1, a le droit d'intervenir en dehors de la plainte de l'intéressé, va-t-il être lié par sa première décision et ne pouvoir ordonner l'abandon ou la dissolution de cette firme ? Il n'en est rien. Non seulement l'enregistrement obtenu par surprise ne saurait empêcher le juge d'agir, mais encore il constitue une faute positive dont il devra être tenu compte (1).

Rien donc ne s'oppose soit à l'action du juge indépendamment de toute plainte, soit à l'action qui peut être intentée par le particulier.

a) L'action spontanée du juge.

L'art. 37, § 1, dispose : *Quiconque fait usage d'une firme qui, aux termes de la présente section, ne lui appartient pas, doit être contraint, au moyen des peines disciplinaires, par le Tribunal qui tient le registre, de cesser l'emploi de cette firme.*

Il y a donc pour le Tribunal chargé de l'enregistrement, non seulement une faculté, mais un devoir et c'est ce qui détermine le caractère d'ordre public de la répression.

Si l'on examine de plus près les conditions requises pour que l'action du juge soit possible, on remarque que l'art. 37 s'exprime ainsi : « firme qui ne lui appartient pas aux termes de la présente section ». Cette section est la troisième section du

1) Walter Bühner op. cit., p. 41. Staub's Kommentar 1925.

Code de commerce qui va de l'article 17 à l'article 37 et qui traite de la question des firmes. L'action du juge telle qu'elle est décrite par l'article 37 est donc limitée au cas où la firme est *illicite aux termes de ces articles*. Cette affirmation est exclusive des cas où la firme serait illicite aux termes des autres textes qui prévoient la protection de la firme : à savoir la loi sur la concurrence déloyale, articles 12, 823 et 826 du Code Civil, a fortiori la loi sur les marques de fabrique.

Cela dit, supposons qu'une firme enregistrée soit illicite aux termes de la troisième section du Code de commerce, quelle va être l'action du juge ?

Le juge ordonne tout d'abord au contrevenant de cesser de faire usage de la firme. C'est l'injonction. En faisant cette injonction, le juge fait savoir au contrevenant qu'il encourt une amende (büsse) de trois cents marks, s'il ne s'abstient pas dans l'avenir de l'emploi de cette firme à moins que :

1° il fasse opposition dans le délai voulu ;

2° il justifie l'emploi de cette firme.

Si le commerçant cesse de faire usage de cette firme affirmée illicite par le juge, la question ne se pose plus. Mais on peut supposer, et cela arrive, que le commerçant fasse opposition. Il lui faudra alors convaincre le juge que l'emploi de la firme est licite. Sinon, l'amende de trois cents marks est prononcée et le juge pourra, selon le cas, ordonner la dissolution de la firme (Loschüng). La firme sera alors rayée du registre du commerce. Comme pour le refus d'inscription, la décision du juge est susceptible d'appel devant le Landgericht, puis devant l'Oberlandgericht qui est la juridiction immédiatement supérieure ; enfin les plaideurs peuvent aller devant la Cour suprême qui est, en Allemagne, le Reichgericht ; il siège à Leipzig.

Telle est la marche de l'action du juge lorsqu'un commerçant aura fait un *usage* illicite de la firme. Mais sur l'interprétation du mot usage contenu dans l'article 37, § 1, on n'est pas toujours d'accord.

Certains (1) prétendent que le mot usage doit être interprété restrictivement et que le sens de ce mot est déterminé par les termes de l'art. 17 qui dispose que la firme est le nom sous lequel un commerçant *fait ses affaires et dont il signe ses engagements*. Mais la majorité de la doctrine se prononce pour une interprétation plus large. L'article 37 ne renvoie nullement à l'article 17 pour l'interprétation du mot usage. D'autre part, si l'on examine les travaux préparatoires de l'ancien Code de commerce (art. 15 ancien correspondant à l'article 17 nouveau), on remarque que l'article 15 est ainsi rédigé : « Il y a usage de la firme, lorsqu'on emploie la firme dans les affaires, que l'on signe de cette firme, etc. » (2). Dès lors, on ne saurait soutenir, disent les partisans de l'interprétation large de l'art. 37, que cet article doive être interprété restrictivement (3).

Suivant la majorité de la doctrine, il y aurait donc emploi illicite chaque fois que d'une façon quelconque un certain usage en aura été fait. Au surplus, on comprend que le juge appréciera. Toutefois, il est un point sur lequel on est à peu près d'accord (4). On considère qu'il n'y a pas usurpation de la firme, lorsque une marchandise étant

1) Voldendorf : Kommentar Zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, p. 209.

2) Ce texte porte « und dergleichen », ce mot est l'équivalent de « und so weiter », qui veut dire : ainsi de suite.

3) Dans ce sens Walter Bühner op. cit. — Décision du Reichsgericht, 5-121.

4) Jurisprudence du Reichsgericht. — Staüb op. cit., p. 201. — Düringen op. cit., p. 297. — Lehmann-Ring op. cit. p. 175. — Cosacq op. cit., p. 115.

envoyée par un commerçant, celui-ci a mis sur la dite marchandise, une étiquette portant une firme qui n'est pas la sienne. On part de ce principe, qu'il importe peu que l'objet porte la firme d'un autre puisque l'envoi est fait au nom du véritable expéditeur, et que c'est dans ces conditions qu'elle est reçue. Il y a là une exception qui nous surprend d'autant plus qu'en droit français l'usurpation par apposition est constitutive du délit prévu par la loi de 1824 (à condition, il est vrai, qu'il s'agisse du nom d'un fabricant). En dépit des arguments invoqués, il nous semble que l'erreur du destinataire va être facile. Quoiqu'il en soit, cette opinion est fortement accréditée en Allemagne et c'est dans ce sens que se prononce la jurisprudence.

Cet usage illicite étant ainsi défini, le juge va-t-il pouvoir agir contre tous ceux qui se sont rendus coupables de cet usage illicite. La question se pose notamment de savoir si cette action va être possible envers les moindres commerçants. Nous avons vu dans le chapitre I^{er} que certaines institutions au nombre desquelles le registre du commerce et la firme étaient fermées aux moindres commerçants. Par là, le législateur a manifesté son souci d'en refuser, à la fois le bénéfice et la charge, aux entreprises qui ne témoignent pas d'une certaine organisation. Dès lors, on peut se demander si les moindres commerçants qui ne sauraient en aucune manière profiter des avantages réservés à la firme, sont susceptibles d'encourir l'injonction et les peines disciplinaires prévues à l'article 37. Dans l'opinion courante, on se prononce pour l'affirmative. Il suffit, pour justifier cette opinion, de se reporter aux termes mêmes de l'article 37 qui dispose : « *Quiconque fait usage...* » Il semble dès lors que l'on puisse affirmer que l'action du juge est dirigée contre tous les abus, aussi bien ceux faits

par les moindres commerçants et même les non-commerçants que ceux accomplis par les pleins commerçants (1).

L'action du juge étant d'ordre public et revêtant, nous l'avons vu, un caractère pénal, tout au moins quand on parvient à la condamnation, on peut se demander contre qui la condamnation va pouvoir être prononcée, quand, au lieu d'un individu, il s'agit d'une société. L'alinéa 1^{er} de l'article 37 ne peut pas s'appliquer aux personnes juridiques, mais il peut s'appliquer à toutes les personnes qui la composent, à supposer qu'ils aient pris une part active dans l'accomplissement de l'acte constitutif d'emploi illicite. S'il était avéré que dans une Société le directeur ait accompli l'acte en dehors du consentement des associés, il serait seul condamné. Il en serait de même si, dans une société, il était prouvé que l'emploi illicite est le fait d'un associé quelconque. C'est le caractère pénal de la condamnation qui exige que seul soit condamné celui qui en est effectivement l'auteur.

b) Action du juge sur avertissement de l'intéressé.

Nous venons de le rappeler, l'action du juge est d'ordre public. Est-ce à dire que cette action doive toujours être spontanée, qu'elle ne peut pas être suscitée par les intéressés. Il n'en est rien. S'il est vrai que le devoir du juge est d'agir spontanément aussitôt qu'il est nécessaire, il peut y être invité, soit par la partie lésée, soit même par ce qu'en Allemagne on appelle *die organen des Hand*, c'est-

1) Dans ce sens Th. Cohn op. cit. — Staüb op. cit.

à-dire les associations de commerçants. Mais il ne faut point s'y tromper, ce bénéfice n'est accordé qu'à ceux que l'emploi illicite de la firme lèse dans *leur droit*. Il n'est pas accordé à ceux qui ne sont atteints que dans un berechtigtes interesse (1), à plus forte raison à ceux qui ne font preuve que d'un simple intérêt.

Ce qui est plus singulier, c'est que, suivant les meilleurs auteurs (2), on devra toujours considérer l'action comme étant le fait du juge, même si elle a été suscitée par la partie lésée dans son droit. Ainsi, le caractère d'ordre public de l'action subsiste en tout état de cause. Ainsi, l'alinéa 1^{er} de l'article 37 du Code de Commerce s'oppose absolument à l'alinéa 27 de ce même article qui prévoit la protection de la firme sur la demande nécessaire de la partie lésée.

1) Le terme est à peu près intraduisible en français. Un berechtigtes interesse est un intérêt ayant certains caractères **du** droit. Le droit allemand le distingue du simple intérêt. En droit italien on retrouve cette distinction: il y existe un quasi-diritto = quasi-droit. C'est encore à notre connaissance la meilleure façon de rendre le mot berechtigtes interesse

2) Staüb's Kommentar op. cit.

CHAPITRE II

L'action du particulier

Indépendamment du devoir du juge qui est d'assurer la protection de la firme en dehors de toute plainte de l'intéressé, celui-ci peut engager une procédure destinée à faire reconnaître par ce même juge son droit exclusif à la firme.

Pour cela, il s'en faut qu'il soit réduit, comme en France, au principe général d'équité contenu dans l'article 1382. S'il est vrai, comme nous le verrons, que l'article 823 du Code Civil allemand qui, doublé de l'article 826, correspond à notre article 1382, peut, en dernière analyse, être parfois invoqué, il n'en reste pas moins que ce sera en vertu même de l'alinéa 2 *in fine* de l'article 37 qui déclare « *qu'il n'est en rien préjudicié à l'action en indemnité qui pourrait être fondée sur d'autres dispositions* ». En dehors de ce principe général d'équité, l'action de l'intéressé peut être fondée sur trois textes spéciaux :

L'alinéa 2 de l'article 37 du Code de Commerce.

L'article 16 de la loi sur la concurrence déloyale.

L'article 12 du Code Civil.

§ 1^{er}. — L'ARTICLE 37, § 2.

Toute personne lésée par l'usage illégitime d'une firme peut demander qu'il soit mis fin à cet usage. Il n'est en rien préjudicié à l'action en indemnité qui pourrait être fondée sur d'autres dispositions législatives.

Ainsi toute personne lésée peut intenter l'action prévue à l'article 37.

Mais encore que faut-il entendre par personne lésée ?

Ici nous retrouvons la question du « berechtigte interesse » ou quasi-droit. Devra-t-on considérer qu'une personne qui aura été lésée dans un « berechtigte interesse » pourra intenter l'action ? Si la question s'est posée, c'est que dans les travaux préparatoires de la première commission des experts cette notion de « berechtigte interesse » avait été introduite. A notre avis, il faut conclure avec Staüb que le Code de Commerce n'ayant rien mentionné à cet endroit, on doit considérer que seule aura droit à l'action la personne qui aura été lésée dans un droit. Cela reconnu, il convient de remarquer que les termes généraux de l'article 37 permettent d'affirmer qu'il n'est pas nécessaire que l'usage illégitime de la firme atteigne le commerçant *dans son droit à la firme*. Il suffit, pour qu'il ait droit à l'action, que l'usage illégitime de la firme l'atteigne dans un *droit* quelconque.

Celui qui est persuadé d'avoir consenti à l'usage illicite de la firme ne saurait être admis à intenter l'action.

Enfin, l'action privée, comme l'action publique trouve son application contre tous ceux qui font de la firme un usage illégitime qu'ils soient pleins commerçants, moindres commerçants, non commerçants, ou commerçants apparents.

Que faut-il entendre par usage illégitime (*misbrauch*) ? Certains auteurs ont prétendu qu'ils signifiaient tout acte qui serait contraire aux dispositions quelconques de la loi (1). Dès lors, tout acte contraire à la loi tomberait sous le coup de l'article 37. Nous croyons avec Staüb et Düringer Achenbuch (2) que l'expression *usage illégitime* doit être interprétée restrictivement. Sont prévus à l'alinéa 2 de l'article 37, les actes qui seraient contraires aux dispositions contenues dans la troisième section du Code de Commerce, laquelle traite exclusivement des firmes.

Qu'un commerçant vende à Berlin une firme et l'entreprise qu'elle désigne, avec l'engagement de ne point se rétablir, et que nonobstant son engagement, il exploite à Stettin une entreprise sous la même firme, l'action que pourra engager l'acquéreur n'est pas ouverte aux termes de l'article 37, elle est fondée sur la violation du contrat.

Il en serait de même d'un commerçant qui ferait usage d'une firme licite au titre des dispositions de la troisième section du Code de Commerce, mais qui serait contraire à un règlement de police. Ce n'est pas l'alinéa 2 de l'article 37 qui s'applique, ce sont des dispositions d'ordre public.

De même, si le titulaire de la firme était atteint dans son droit à la firme par un fait de concurrence déloyale autre que l'emploi de la firme, cet acte tomberait sous le coup de la loi de 1909 relative à la concurrence déloyale; de même s'il s'agissait d'un acte tombant sous le coup de l'article 14 de la loi sur les marques de fabrique.

Enfin, il faut dire que pour que l'action soit

1) Dans ce sens Makower *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, p. 149. — Lehmann-Ring *op. cit.*, page 115.

2) Staüb, Düringer *op. cit.* Reich-Gericht, 56-189.

ouverte, le point de savoir si le contrevenant est de bonne foi importe peu. Il suffit que l'usage de la firme soit objectivement illicite.

Telles sont les conditions dans lesquelles l'action pourra être intentée. Pour triompher, il est indispensable que le demandeur prouve :

A) Qu'il a droit à l'usage de la firme.

Deux cas peuvent se présenter : ou bien la firme est inscrite au registre du commerce, dans ce cas, le registre fait foi, il n'y a pas de difficultés ; ou bien la firme n'est pas inscrite et le demandeur se heurtera, de ce fait, à des difficultés pratiques considérables pour établir qu'il a droit à l'usage de la firme. Il devra prouver que sa firme, quoique non inscrite, est (en dehors des règles relatives à la formalité d'enregistrement) conforme à toutes les dispositions de la troisième section du Code de Commerce relatives aux firmes.

Cela prouve deux choses : c'est, d'une part, qu'il y a un très grand intérêt à faire inscrire sa firme au registre du commerce ; d'autre part que la firme peut exister en dehors de l'enregistrement.

B) Cette première preuve faite, le demandeur doit encore prouver que l'emploi de la firme fait par le défendeur est illégitime.

Il est à remarquer que si, comme nous l'avons vu, le demandeur ne peut être admis à l'exercice de l'action que s'il a été lésé dans un droit, il n'est pas nécessaire qu'il démontre, au surplus, que la lésion lui a causé un dommage (1).

A quoi peut tendre l'action du particulier ?

A l'abandon ou dissolution de la firme ou à des dommages-intérêts.

Il peut cumuler les deux demandes.

1) Walter Bühner op. cit.

I. — Le demandeur réclame la dissolution ou l'abandon.

Quelle différence y a-t-il entre l'abandon et la dissolution ? La distinction présente un intérêt théorique et un intérêt pratique.

Prononcer la dissolution de la firme (Loschùng) c'est la rayer du registre du commerce; on comprend dès lors qu'on ne puisse parler de la radiation d'une firme qui n'est pas enregistrée.

Prononcer l'abandon de la firme, c'est ordonner à celui qui en fait un usage illicite de ne plus employer cette firme. En principe, la dissolution implique l'abandon. Mais, dans la pratique, il peut arriver que le commerçant dont la firme a été rayée continue à l'employer.

D'autre part, on peut concevoir qu'il y ait lieu pour le juge de prononcer l'abandon de la firme sans la dissolution. Rappelons-nous qu'aux termes de l'article 30, la protection est locale. Il peut donc se faire qu'un commerçant qui a le droit d'employer une firme à Berlin n'ait pas le droit de l'employer et à Berlin et à Stuttgart, parce que, à Stuttgart, il y aura une firme semblable précédemment inscrite. Dans ce cas, le juge ordonnera l'abandon de l'usage de la firme à Stuttgart et la firme continuera à être inscrite au registre du commerce de Berlin.

Supposons maintenant que le demandeur ait gain de cause. Suivant ce qu'il a demandé, le juge va prononcer une injonction et ordonner à celui qui fait de sa firme un usage illicite, soit la dissolution qui comporte l'abandon, soit l'abandon seulement. Si le commerçant condamné passe outre, il peut être condamné à 1.500 marks d'amende et à six mois d'emprisonnement. Au surplus, il sera con-

traint d'obéir au jugement aux termes des articles 894, 895 et 896 du Code de procédure civile.

Toutefois, il faut remarquer que ces jugements du Registergericht ne sont prononcés qu'en premier ressort. L'appel successif est permis devant toutes les juridictions dont la première et la moins élevée est le Landgericht.

II. — Le demandeur peut prétendre à des dommages-intérêts.

Cette demande va presque toujours de pair avec la demande en dissolution ou en abandon; en effet, on conçoit assez mal qu'un commerçant prétende à la réparation d'un dommage sans réclamer que cesse la cause du dommage. La réciproque peut ne pas être vraie. En effet, outre que l'usage fait de la firme par le concurrent peut être très récent et ne pas avoir causé encore de dommages sensibles, il est possible en droit allemand de réclamer l'abandon ou la dissolution d'une firme susceptible éventuellement de causer un préjudice, de même qu'il peut être demandé qu'elle ne soit pas enregistrée. Dans ces cas, la demande elle-même contient l'affirmation qu'il n'y a pas encore eu de dommage. Cependant, en la plupart des cas, les demandes seront combinées parce que le préjudice existera déjà.

Quoi qu'il en soit, l'action en dommages intérêts est possible. Quels sont les textes sur lesquels elle peut se fonder ?

En France, nous avons vu qu'une pareille action était fondée sur le principe général d'équité contenu en l'article 1382 du Code Civil.

Il ne faut pas croire que l'article 37 alinéa 2 du Code de Commerce allemand pose lui-même le principe de l'attribution des dommages-intérêts. Il

déclare laisser subsister la possibilité d'une pareille attribution au titre d'autres dispositions législatives. En effet, il dit : Toute personne lésée par l'usage illégitime d'une firme peut demander qu'il soit mis fin à cet usage. IL N'EST EN RIEN PRÉJUDICIÉ A L'ACTION EN INDEMNITÉ QUI POURRAIT ÊTRE FONDÉE SUR D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES. Il n'y a rien dans la première partie de ce texte qui permette de demander autre chose que la cessation du fait dommageable. Et quant à la deuxième partie, elle renvoie purement et simplement aux textes susceptibles de justifier l'attribution de dommages-intérêts. Aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point que pour justifier une pareille demande, il faut l'appuyer sur d'autres textes que l'article 37, lequel prévoit uniquement la cessation du fait dommageable.

Quels sont ces textes ?

C'est d'abord l'article 823 du code civil allemand lequel peut être considéré comme l'équivalent de notre article 1.382. Il dispose, dans son alinéa 1^{er} : *Celui qui, par un fait contraire au droit, porte atteinte, avec intention ou négligence, à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété, ou à tout autre droit d'un autre, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage qui en est résulté.* Pour l'application de cet article, il n'y a pas de difficultés. Les termes en sont assez généraux pour embrasser le droit à la firme à l'égal de tous les autres. On doit seulement faire remarquer que le texte exige qu'il y ait *intention ou négligence*, ce qui exclue la condamnation au cas où le dommage serait advenu malgré la vigilance de celui qui l'a causé. (1)

1) Dans ce sens Walter Bühner op. cit.

A ce texte il faut ajouter celui de l'article 826 du code civil : *Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs est obligé, envers cet autre, à la réparation du dommage.*

Enfin il faut citer l'article 16 §2 de la loi sur la concurrence déloyale, que nous allons étudier plus loin. Nous ne signalons que pour mémoire les articles 276, 278, 339, du code civil, qui prévoient l'attribution des dommages intérêts pour manquement aux conditions au contrat. L'étude de cette garantie spéciale n'entre pas, nous l'avons dit, dans le cadre de cette étude.

Dans tous les cas où il y aura lieu de condamner à des dommages intérêts, en vertu d'un des textes que nous venons de citer, l'attribution en sera réglée suivant le principe de l'article 249 du code civil ainsi conçu : *quiconque est obligé à réparation de dommage doit rétablir l'état de choses qui aurait existé si la concurrence ayant donné lieu à l'obligation de réparation n'était pas survenue. S'il y a réparation de dommage à fournir pour lésion d'une personne ou endommagement d'une chose le créancier peut, au lieu du rétablissement en nature, exiger la valeur en argent, nécessaire pour le procurer.*

Ainsi l'article 37 § 2 qui prévoit l'action du particulier peut être considéré comme la pierre angulaire du système de la protection répressive puisque d'une part il détermine les conditions dans lesquelles on pourra demander la cessation de l'emploi illégitime de la firme et, d'autre part, renvoie expressément, pour l'attribution des dommages intérêts à toutes les autres dispositions susceptibles de les justifier.

Parmi ces dispositions, il convient d'étudier maintenant la loi sur la concurrence déloyale.

§ II. — LOI SUR LA CONCURRENCE DÉLOYALE

La loi sur la concurrence déloyale, du 7 juin 1909, a remplacé, en Allemagne, la loi du 27 mai 1896 (1).

Le principe général de la concurrence déloyale et de l'action à laquelle elle donne lieu, est posé dans l'article 1^{er} : *Toute personne qui, dans un but de concurrence, commet en affaires des actes contraires aux usages honnêtes, peut être assignée en cessation de ces actes et en dommages intérêts.*

D'autre part, l'article 16 prévoit expressément le cas où la concurrence déloyale revêt la forme particulière d'une atteinte au droit à la firme.

Il dispose : *Quiconque, en affaires, fait usage d'un nom, d'une firme, de la désignation particulière d'un établissement, ou d'une entreprise industrielle, ou d'un imprimé de façon à créer une confusion avec le nom, la firme ou la désignation dont un tiers fait légitimement usage, peut être actionné par celui-ci en cessation de l'usage abusif dont il s'agit.*

Celui qui s'est rendu coupable d'un tel usage est tenu vis-à-vis de la partie lésée à la réparation du dommage causé, s'il savait, ou devait savoir, que cet usage abusif était propre à créer une confusion.

Sont assimilées à la désignation particulière d'un établissement les enseignes et toutes autres dispositions destinées à distinguer un établissement des autres qui, dans les cercles commerciaux intéressés sont considérées comme un signe distinctif de cet établissement. Les présentes dispositions ne sont applicables à la protection des marques de marchandises et du conditionnement des produits (§ 1 et 15 de la loi du 12 mai 1894 sur les marques de marchandises. Bulletin des lois de l'Empire, page 441).

1) Propriété industrielle Berne. Année 1909, p. 169.

Tout d'abord, il faut remarquer que si la loi a prévu des peines en d'autres articles, il n'en est point question dans toute la partie qui traite des firmes. La répression pénale de l'abus des firmes et désignations n'existe donc pas au titre de la loi de 1909.

Alinéa 1.

Maintenant, si l'on examine l'alinéa 1^{er} de cet article, on est tenté de croire qu'il fait double emploi avec l'alinéa 1^{er} de l'article 37, contenu dans la troisième section du code de commerce, relative aux firmes.

Il est vrai de remarquer que l'alinéa 1 de l'article 37 du code de commerce prévoit déjà l'action en cessation d'usage abusif. Mais l'article 16 de la loi sur la concurrence déloyale est beaucoup plus compréhensif que le texte du Code. A ce titre, il ne saurait être considéré comme superfétatoire.

Le texte du Code prévoit la cessation de l'usage de la firme, dans le cas où cette firme est illicite aux termes des précédentes dispositions. Or, nous l'avons vu, aux termes de l'article 30, une firme n'est illicite que lorsqu'elle ne peut être considérée comme nouvelle *dans le même lieu ou dans la même commune*. La protection est donc locale au titre du Code de Commerce. Or, l'alinéa 1^{er} de l'article 16 ne comporte aucune restriction de ce genre. La protection n'est pas limitée à la localité. Nous verrons que cette constatation a une grande importance; c'est grâce à elle qu'on peut repousser en partie une critique sérieuse qu'on a pu faire au système allemand : à savoir que la protection est purement locale.

On se rappelle que lorsque nous avons voulu prouver qu'il y avait un intérêt pratique à distinguer entre la dissolution et l'abandon de la firme

nous avons dû prévoir le cas où un commerçant dont la firme était enregistrée dans une ville en ferait usage dans une autre ville; l'emploi dans cette dernière ville pouvait être illicite alors qu'il était licite dans la première (en raison précisément du caractère local de la protection au titre du Code de Commerce). C'est proprement le cas où va s'appliquer l'article 16 de la loi sur la concurrence déloyale. Quel que soit le droit reconnu au titulaire de la firme d'en user à Berlin, où elle est enregistrée, il devra n'en point faire usage à Stuttgart, dans la mesure où cet usage serait susceptible de créer une confusion préjudiciable à un commerçant établi dans cette ville.

A un autre point de vue, la loi de 1909, art. 16, alinéa 1^{er}, peut être considérée comme plus compréhensive que les dispositions du Code de Commerce. Elle prévoit l'usage non seulement de la firme, mais aussi du nom, de la désignation particulière d'un établissement ou d'une entreprise industrielle et nous verrons, en étudiant l'alinéa 3, la conséquence que l'on peut tirer de cette extension.

Une dernière remarque à faire en ce qui concerne l'alinéa 1^{er} est que, comme dans le cas de l'art. 37 la bonne foi est indifférente.

Alinéa 2.

L'alinéa 2 de l'article 16 est relatif à l'attribution des dommages-intérêts. Nous l'avons dit, la loi sur la concurrence déloyale entre dans la catégorie des « autres dispositions législatives » prévues à l'article 37 *in fine* du Code de Commerce. A ce titre, elle permet l'attribution de dommages-intérêts au cas d'emploi de la firme contraire aux dispositions de la troisième section du Code de Commerce.

Mais, là encore, son application n'est pas limitée

à ce cas particulier; il s'agit de l'usage abusif quel qu'il soit.

Quand on étudie l'alinéa 2 de l'article 16 de la loi de 1909, il ne faut pas manquer de faire remarquer qu'il s'oppose à l'article 8 de la loi du 27 mai 1896. En effet, sous l'empire de cette loi, l'acte dommageable devait, pour donner naissance à des dommages-intérêts être subjectivement destiné et objectivement propre à causer un dommage. Les termes même de l'article 16, alinéa 2, permettent d'affirmer — et cela n'est pas contesté — que l'intention dolosive n'est plus nécessaire; en effet, il est dit de l'auteur de l'acte dommageable : *S'il savait ou devait savoir que cet usage abusif était propre à créer une confusion*. C'est dire que sa seule négligence l'expose à être condamné à des dommages-intérêts.

Alinéa 3.

L'alinéa 3 de l'article 16 assimile aux désignations particulières les enseignes et toutes autres dispositions destinées à distinguer un établissement des autres.

En dehors de l'article 823 qui correspond à notre article 1382, et de l'article 836, nous n'avions jusqu'ici rencontré aucun texte qui permit d'assurer la protection de la raison de commerce et de l'enseigne. En effet, toutes les dispositions de la troisième section sont relatives aux firmes et ne concernent que celles-ci. Sans l'alinéa 3 de l'article 16, les tribunaux allemands eussent dû, sans aucun doute, recourir au principe général d'équité, dont la jurisprudence a fait en France de si judicieuses applications.

Le législateur allemand de 1909 a repris sur ce point l'œuvre du législateur du 27 mai 1896 en assimilant à l'usage des noms et des firmes, l'usage des enseignes et de toutes désignations considérées

comme signe distinctif. Il va sans dire que pour toutes ces désignations, comme pour la firme, le principe reste admis, que la négligence suffit pour justifier la demande en dommages-intérêts, alors que sous l'empire de la loi de 1896 il fallait prouver la mauvaise foi. Remarquons enfin que quelle que soit l'extension qui résulte des termes de l'alinéa 3, la loi de 1909 ne s'applique pas aux marques de commerce dont la protection est prévue par la loi du 12 mai 1894.

Ainsi, il est apparu que la loi sur la concurrence déloyale ne pouvait à aucun point de vue être considérée comme une superfétation du législateur. D'une part, lorsqu'elle envisage la possibilité pour le juge d'ordonner la cessation de l'usage de la firme, c'est dans une mesure bien plus large que l'article 37 du Code de Commerce, puisque la protection n'est pas restreinte à la localité. D'autre part, ce qui est protégé ce n'est plus seulement la firme, mais encore toute désignation pouvant être considérée comme signe distinctif. Enfin, elle pose le principe de l'attribution des dommages-intérêts rendant inutile, dans la mesure où son texte sera invoqué, le recours aux articles 823 et 826 du Code Civil. Précisément, nous pensons que la loi de 1909 a réalisé un grand progrès sur la loi de 1896 en n'exigeant pas la preuve de la mauvaise foi pour la réparation du dommage, car à notre avis le dommage même involontaire causé à autrui doit en toute circonstance obliger celui qui l'a causé à le réparer.

§ III. — L'ARTICLE 12 DU CODE CIVIL

C'est une question sur laquelle les avis sont partagés que celle du point de savoir si les dispositions de l'article 12 du Code Civil doivent être étendues

à la firme. Certains auteurs (1) se prononcent pour la négative. Ils prétendent que le Code de Commerce et la loi sur la concurrence déloyale ayant traité complètement de la question, il est inutile de recourir au Code Civil. Mais d'autres auteurs, au nombre desquels Ramdohr et Gierke (2), prétendent que l'article 12 du Code Civil doit aussi être mis à profit pour assurer la protection de la firme.

On comprend que dans un tel débat, il soit important de savoir quelle est la nature juridique de la firme. Aussi, les partisans de l'application de l'article 12 s'empressent-ils de faire remarquer que la firme n'est pas autre chose que le *nom* commercial du *commerçant* (et non la désignation de l'entreprise). Puisqu'elle entre dans la catégorie des noms, la firme doit être protégée par l'article 12 qui s'exprime ainsi : « Si le droit à l'usage d'un *nom* est contesté à l'ayant-droit par une autre personne, ou que l'ayant-droit soit lésé dans son intérêt par ce fait qu'un autre se sert indûment du même nom, l'ayant-droit peut exiger de l'autre la cessation du fait préjudiciable. Si des faits analogues sont à craindre pour l'avenir, il peut intenter une poursuite en abstention. » D'autre part, disent Ramdohr et Gierke, l'article 2 de la loi de mise en vigueur du Code de Commerce (10 mai 1897) est ainsi conçue : « *Les dispositions du droit civil ne s'appliquent aux matières commerciales qu'autant qu'il n'en est pas décidé autrement soit par le Code de Commerce, soit par la présente loi.* » Or, il n'y a rien dans la troisième section du Code de Commerce qui permette de dire que ce Code s'oppose à ce qu'on applique l'article 12 du Code Civil. Mais

1) Oslauffen op. cit., p. 49. — Lehmann, p. 71. — Goldmann, page 176.

2) Ramdohr bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, p. 67. — Gierke op. cit. p. 736.

peut-on répondre, y a-t-il un intérêt pratique à prévoir l'application de l'article 12 du Code Civil ?

D'abord l'article 12 permet d'interdire l'usage du nom même quand on est lésé seulement dans son intérêt, alors que les dispositions du Code de commerce exigent la lésion d'un droit.

Ensuite l'article 12 prévoit expressément le cas d'un individu à qui l'on conteste le droit à l'usage du nom (*si le droit à l'usage d'un nom est contesté*), alors que l'article 37 ne prévoit expressément que le cas où un individu veut interdire à l'autre l'usage illicite d'une firme. D'autre part, les termes mêmes de l'article 12 autorisent à conclure que l'action est possible non seulement au cas où le fait est accompli; mais encore « si des faits analogues sont à craindre pour l'avenir ».

Enfin et surtout l'application de cet article permet non seulement la protection de la firme au cas où celle-ci est tout entière employée à tort, mais encore elle permet d'interdire l'emploi d'un mot isolé au cas où celui-ci serait un mot-vedette (*schlagwort*) et où l'emploi de ce mot qui, dans la firme, joue le plus grand rôle attractif équivaldrait à une usurpation de la firme.

La tendance actuelle, en Allemagne, est de faire une large application de l'article 12. A ce point de vue, l'attitude de la jurisprudence n'est pas sans avoir soulevé certaines critiques. Mais, ainsi que nous l'allons voir dans le chapitre suivant, il semble que dans la doctrine aussi bien que dans la jurisprudence, la tendance soit générale en faveur de l'application de l'article 12.

CHAPITRE III

Etude de jurisprudence

§ I. — L'INTERDICTION OU L'ABANDON D'UNE FIRME PEUVENT ÊTRE ORDONNÉS EN DÉPIT DE LA DIFFÉRENCE DE NATURE DES ENTREPRISES QU'ELLES DÉSIGNENT.

Nous avons vu en abordant, dans la deuxième partie, l'étude de la jurisprudence française, que la confusion, source du préjudice, était la mesure de l'action. Il faut pour que le juge ordonne toutes mesures propres à distinguer la dénomination d'un commerçant de celle d'un commerçant déjà établi, que la similitude de noms soit susceptible de détourner, au profit d'un établissement, tout ou partie de la clientèle destinée à l'autre. Il n'en est pas de même en droit allemand et les tribunaux ont maintes fois prononcé l'interdiction de faire usage d'un nom, alors même que l'établissement qu'il désignait s'adressait à une clientèle manifestement différente de celle du premier établissement.

Il en fut ainsi notamment de l'action intentée par la fabrique de chocolat et de cacao N. W Stoom, établie au Pays-Bas, à une fabrique allemande qui avait fait enregistrer la marque Kwatta pour du beurre et de la margarine. La demanderesse ne

fabriquait ni beurre, ni margarine, mais elle se prétendit lésée dans son droit au nom. Aux termes de la convention d'union, la demanderesse fut considérée comme jouissant, en Allemagne, de la même protection que les sociétés nationales et fut admise au bénéfice de l'article 12 du Code civil. La marque « Kwata » enregistrée par les soins de la défenderesse fut invalidée. (1)

C'est dans ce sens que s'est prononcé en une autre circonstance le tribunal du Reich dans un litige où les deux maisons intéressées ne s'adressaient pas à la même clientèle. Sur la demande de la Merx Grosshandels-Aktiengesellschaft, à Berlin, fondée en 1920, il a condamné la Merx Aussenhandels Gesellschaft m. b. h., fondée en 1921, à faire radier sa firme, encore que le domaine des deux sociétés ait été tout à fait différent. De cet arrêt, qui date du 27 mai 1924 (2), nous relevons le passage suivant qui est tout à fait significatif :

« Même l'intérêt à ne pas être confondu avec une maison de réputation douteuse doit être protégé. Or, c'est précisément le point de vue que la demanderesse fait valoir au cas particulier. Il est parfaitement compréhensible qu'une société fondée vers l'année 1921, avec une capital de 100.000 marks-papier qui, à cette époque, ne représentaient pas 2.500 marks-or, et dans le but vague « de placer à l'étranger les produits de l'industrie allemande » n'ait pas inspiré une confiance absolue. »

C'est encore dans ce sens que le tribunal du Reich a décidé, dans une affaire où il a interdit à un commerçant de continuer à faire usage du nom de

1) Tribunal du Reich, 26 septembre 1924. « Propriété Industrielle », numéro du 31 mai 1925, page 102.

2) Markenschütz und Wettbewerb XXIV, p. 14.

Neuerburg dans le commerce des spiritueux, alors que le premier titulaire exerçait le commerce des tabacs (1). « L'intérêt dont parle l'article 12, dit le tribunal du Reich, n'implique pas seulement un intérêt pécuniaire ou de famille; il comprend, au contraire, tout intérêt digne d'être protégé par la loi, cet intérêt fut-il simplement idéal ou de pure affection. »

Les termes de ces deux dernières décisions de la Cour suprême allemande ne laissent aucun doute. Les juges doivent ordonner toutes mesures destinées à éviter la confusion, quelle que soit la nature et le domaine de la confusion. Notamment le dommage qui résulte du fait qu'une entreprise sérieuse et considérable est confondue avec une entreprise de moindre importance, est de nature à justifier de la part de l'intéressé une action destinée à faire abandonner le nom litigieux. Au contraire, nous avons vu qu'en droit français cela n'était pas suffisant et qu'il fallait que cette confusion eut pour résultat un détournement de la clientèle.

§ II. --- DES CONFLITS DE DROIT OU DES HOMONYMES

Nous savons qu'en France il arrive que deux commerçants ou deux sociétés qui exercent le commerce sous un nom ou une raison sociale semblables, aient un droit égal sur ce nom, sauf toutefois que le droit de l'un d'eux est antérieur. Dès lors, la dénomination qui est postérieure en date doit se différencier. Si la disposition de la deuxième dénomination est telle que la confusion n'est pas possible, la question ne se pose pas. Sinon le juge

1) Tribunal du Reich, 11 juin 1926. Markenschütz und Wettbewerb, p. 14.

devra ordonner toutes mesures propres à obtenir ce résultat. En cas de mauvaise foi caractérisée, il pourra même ordonner la suppression du nom, à condition qu'elle n'aboutisse pas indirectement à l'interdiction de faire le commerce. En dehors de ces cas relativement rares, la jurisprudence française montre une invincible répugnance à ordonner la suppression du nom.

Dans des conflits de ce genre, la jurisprudence allemande tient le plus grand compte de la bonne foi du deuxième titulaire; témoins ces décisions successives du Landgericht, de l'Oberlandgericht et du Reichgericht, dans un procès qui épuisa toutes les juridictions jusques et y compris le tribunal du Reich (arrêt du 22 novembre 1912). En 1901, le fabricant de cigarettes Georges-Antoine Jasmatzki, à Dresde, avait vendu sa fabrique avec la firme à une société anonyme qui prit le nom de Georges A. Jasmatzki S. A. Le vendeur s'était engagé par contrat à ne participer, pendant les dix années suivantes, à aucune entreprise concurrente. Il remplit fidèlement son engagement. A l'expiration du délai fixé, il fonda, avec ses deux fils, une fabrique de cigarettes sous le nom de Georges A. Jasmatzki et fils.

La nouvelle entreprise apposa naturellement sa firme sur les cigarettes et étuis. La société anonyme lui intenta alors une action tendant à faire prononcer la radiation de sa firme et l'interdiction de se servir du nom de Jasmatzki dans le commerce des cigarettes.

L'arrêt de la cour d'appel de Dresde (3 avril 1912) aussi bien que celui du tribunal du Reich (22 novembre 1912) (1) ont tous deux reconnu que la défenderesse n'avait commis aucun acte illicite dans

1) Markenschütz und Wettbewerb XI, p. 385 et XII, p. 291.

l'usage de la nouvelle firme. Au contraire, il avait, *avec un zèle et une habileté indéniables*, cherché et réussi à faire ressortir les mots « et fils », aussi bien sur les emballages que dans ses annonces; bien plus, il avait combiné les mots de la firme avec un portrait de G. A. Jamatzi. Dans ces conditions, la cour d'appel de Dresde, puis le tribunal du Reich ont estimé qu'il n'existait aucun risque de confusion, le fumeur moyennement attentif étant susceptible de faire la différence. Ces décisions qui, outre la référence que nous donnons, sont citées dans un remarquable article de M. le Professeur Wassermann (1), sont suivies de cette remarque : *« Ces arrêts sont généralement approuvés, sinon à cause des motifs du moins parce qu'on avait le sentiment que dans les cas où la bonne foi et la bonne volonté sont prouvées, il est difficile, en se basant sur la loi contre la concurrence déloyale, d'interdire à quelqu'un de se servir de son propre nom de famille. »*

Par contre, un arrêt du tribunal du Reich du 28 avril 1925 a donné pleine satisfaction à la maison de champagne Heidsieck et Cie (Walbaum Goulden et C^o, successeurs) et Charles Heidsieck qui avaient actionné une maison francfortoise J. M. Heid et C^o. Cette maison vendait du vin mousseux sous la dénomination de « *Heid-sekt* » (2). Le tribunal a interdit l'usage de cette dénomination. Ici la mauvaise foi de la défenderesse est notoire.

Dans les deux cas que nous venons de citer, la bonne foi, puis la mauvaise foi apparaissent nettement. Il est des cas où le Reichgericht a prononcé

1) « La Propriété Industrielle » de Berne, numéro de décembre 1926, page 269.

2) Markenschütz und Wettbewerb XVII, p. 209 et Jüristische Wochenschrift, 1^{er} août 1925. Cahier 15, page 1.632, n^o 4.

sans hésiter la suppression de la firme et où la mauvaise foi n'était pas aussi manifeste.

Un fabricant nommé Carl Otto Gehrckens exploitait, à Hambourg, une fabrique de courroies de transmission sous la firme *C. Otto Gehrckens*. Il mourut laissant un fils, *Christian-Oscar Gehrckens*, qui vendit la fabrique et la firme. Les acquéreurs qui étaient au nombre de trois transférèrent l'exploitation à Hambourg où ils continuèrent à l'exploiter sous la firme *C. Otto Gehrckens*. Au contrat, point de clause d'interdiction de concurrence. En 1921, Christian-Oscar Gehrckens crut pouvoir créer à Hambourg une fabrique de courroies de transmission sous la firme *C. Otto Gehrckens*. Par arrêt du tribunal du Reich du 16 octobre 1923 et de la Cour d'appel de Hambourg du 18 janvier 1924, il a été condamné à faire radier sa firme *en vertu de l'article 16 de la loi contre la concurrence déloyale*. Remarquons qu'on ne saurait arguer, pour justifier la rigueur de ce jugement, de la garantie à laquelle le vendeur était obligé du fait de la vente de l'exploitation avec la firme, puisque c'est au titre de l'article 16 de la loi sur la concurrence déloyale que la condamnation a été prononcée.

Citons encore dans le même sens une décision du Tribunal du Reich dans l'affaire suivante : En 1907, une Société à responsabilité limitée était fondée à Elmshonn, sous la firme *Wagner et C^o G. M. B. H.*; en 1909, elle devint : *Holsteinische Pflanzenbutter Fabrik, Wagner et C^o*; enfin, en 1909, la Société en responsabilité limitée fut transformée en société en nom collectif. En 1919, le commerçant *Hans Richard Wagner* fonda à son tour un établissement sous la firme : *Hans R. Wagner* qui fut enregistrée, et en 1921 l'entreprise revêtit la forme d'une société à responsabilité limitée dont la

фирме fut : *Hans R. Wagner G. M. B. H.* Après une série de procès, la première maison (fondée en 1909) intenta une action tendant à obliger la Société à responsabilité limitée à faire disparaître de sa firme le mot *Wagner*. Le Landgericht d'Altona et l'Oberlandgericht de Kiel avaient repoussé la demande. Mais le tribunal du Reich la déclara justifiée « au point de vue tant de l'article 12 de la loi sur les marques *que de la loi sur la concurrence déloyale* (1).

Ces décisions ne sont pas isolées; elles sont l'expression de l'attitude de la jurisprudence allemande. Dans le même sens, nous pouvons encore citer deux arrêts du tribunal du Reich en date du 24 février 1925 et du 22 mai 1925 (2). S'il est vrai qu'en Allemagne la doctrine a émis des doutes sur le bien-fondé de ces deux arrêts et que le dernier, notamment, a été considéré comme une « expropriation du nom patronymique », il n'en reste pas moins que, dans l'ensemble, la jurisprudence allemande est constante et qu'elle ne paraît pas avoir, quant à la suppression du nom, la circonspection de la jurisprudence française.

§ III. — APPLICATION DE L'ARTICLE 12 DU CODE CIVIL. — LE MOT-VEDETTE.

Nous avons vu dans le chapitre précédent l'intérêt qu'il pouvait y avoir à faire application de l'article 12 du Code Civil en matière de protection de la firme. Mais, sans doute, cet intérêt ne saurait suffire à la justifier si, par ailleurs, une pareille

1) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1926, p. 42. — Markenschutz und Wettbewerb, p. 42.

2) Markenschutz und Wettbewerb XXV, p. 85 et 89 et ibid. XXIV, p. 13.

application était contraire aux textes. En dépit de la tendance très nette qui se manifeste en Allemagne et surtout depuis ces dernières années, certains auteurs se sont élevés contre une interprétation aussi large de l'article 12 du Code Civil. Notamment le docteur Niebour dans un article intitulé : « Ueberspannung des Firmenschützes » (1) (Exagération de la protection de la firme) s'est élevé contre l'emploi fait à tort de l'article 12 du Code Civil, dans la fameuse affaire Mitropa. Après avoir insisté sur les caractères différents du nom civil et de la firme, le docteur Niebour prétend que pour se convaincre que le législateur du Code Civil n'a jamais entendu contribuer à la protection de la firme par le moyen de l'article 12, il suffit de connaître les rédactions successives du Code Civil. Si l'on se reporte au procès-verbal (2), on remarque que la deuxième rédaction portait en termes propres qu'il était question seulement de la protection des noms de famille, les pseudonymes et les noms de lieu exceptés. De même, il était dit que les personnes juridiques avaient, comme les individus, droit à la protection de leur firme, à condition qu'elle consistât dans le nom patronymique. De là on peut induire que le législateur du Code Civil n'a entendu accorder le bénéfice de l'article 12 qu'aux titulaires du nom patronymique.

C'est dans ces conditions, dit-il, qu'on peut s'étonner que, dans la firme « Mitropa », mitteleuropäische Schlafwagen und Speisewagen-Aktien Gesellschaft » (Mitropa, société anonyme des wagons-lits et des wagons-restaurants de l'Europe centrale), le mot Mitropa ait été considéré comme la pro-

1) Markenschütz und Wettbewerb, Berlin mai-juin 1918.

2) Reichstag Stenogr. Berichte Session 95-96, 5-2-734.

priété exclusive de la société ainsi nommée et qu'on se soit appuyé pour l'affirmer sur l'article 12 du Code Civil.

Quoi qu'il en soit de la valeur de ces critiques, elles ne sauraient empêcher que la majorité de la doctrine et la jurisprudence se prononcent pour l'application de l'article 12. Toutes les décisions que nous avons analysées relatives à la protection du nom commercial s'appuient sur l'article 16 de la concurrence déloyale et sur l'article 12 plutôt que sur l'article 37 § 2 du Code de Commerce ; si bien qu'il semble que la tendance à interpréter largement l'article 12 du Code Civil s'accuse de plus en plus (1), en dépit des critiques de quelques auteurs.

Par le moyen de l'article 12 on arrive à étendre la protection au-delà de la firme telle qu'elle a été enregistrée; cette protection est également assurée aux parties caractéristiques qu'il est d'usage d'y faire figurer, surtout lorsque, comme dans le cas de l'affaire Mitropa, le mot *le plus caractéristique* forme une partie de la désignation de l'établissement.

Dans l'arrêt Mitropa, le tribunal a considéré « que dans la manière dont la défenderesse avait composé la désignation de son établissement, elle avait fait du nom Mitropa la partie la plus essentielle et la plus caractéristique de sa firme ; qu'en d'autres termes elle s'en était assuré l'usage exclusif pour désigner brièvement sa maison ». Or, dès le moment où le nom Mitropa doit être envisagé comme l'abrégié de firme de la défenderesse dans le sens

1) « Propriété Industrielle » Berne, mai 1925, page 104. Note sous arrêt Kwatta.

de l'article 12 du Code Civil, la demande qu'elle fait d'en avoir l'usage exclusif doit être déclarée fondée.

L'arrêt Mitropa, où la notion du *schlagwort* (mot vedette) est affirmée avec une netteté particulière, n'est pas, il s'en faut, un arrêt isolé. Dans le même sens on trouve de nombreux arrêts, au nombre desquels l'arrêt Kwatta précité (1). Cette tendance à rendre trop facilement un nom *mot-vedette* a été critiquée par le Dr Niebour dans l'article que nous avons signalé. Il fait remarquer, à juste titre semble-t-il, qu'à vouloir rendre *schlagwortartig* (rendre mot-vedette) des mots de sens commun, on risque de dépasser le but visé par les textes qui disposent sur la matière de la protection du nom. Pour notre part, nous prétendons qu'aussi bien les juges français que les juges allemands devront, dans cette voie, faire preuve d'une grande prudence. C'est avec raison que M. le Dr Paul Lewino dit, à propos de l'arrêt Kwatta : « *Cet arrêt ne doit évidemment être appliqué à des cas analogues qu'avec la plus grande circonspection.* Nous pensons que plus ce mot sera commun et banal, plus le juge devra hésiter avant de le considérer comme *mot-vedette*. Au contraire, en serait-il d'un nom propre, d'un nom patronymique surtout qui peut être le mot vedette par excellence.

1) Cf. La jurisprudence allemande en matière de noms et de firme. Pr Dr Wassermann in. op. cit et supra, p. 247.

§ IV . — APPLICATION FAITE PAR LA JURISPRUDENCE
ALLEMANDE DU PRINCIPE DE LA CONDAMNATION
AUX DOMMAGES-INTÉRÊTS.

L'article 37 § 2 du Code de Commerce qui dispose qu'en dehors de la suppression possible de la firme illicite il n'est en rien préjudicié à l'action en indemnité qui pourrait être fondée sur d'autres dispositions législatives, prévoit, par la même, l'application de l'article 823 et 826 du Code Civil et de l'article 16 de la loi de 1909 contre la concurrence déloyale. Notamment l'alinéa 2 de l'article 16 prévoit la réparation au dommage causé par l'usage illicite d'une firme ou d'une désignation. Les dommages-intérêts sont donc prévus en droit allemand, aussi bien par deux textes généraux que par un texte spécial au dommage causé par l'acte de concurrence déloyale.

On est, dès lors, fort étonné de constater l'espèce de répugnance que manifestent les juges allemands à condamner à des dommages-intérêts. Cela est vrai seulement des juridictions inférieures à la cour suprême (Reichgericht); mais, en fait, nous le verrons, leur résistance aux injonctions du Reichgericht est telle que l'on peut considérer que le principe de l'attribution des dommages-intérêts est en l'espèce qui nous occupe d'une application rare. On n'a pas manqué, en Allemagne, de s'élever contre cette résistance injustifiée des tribunaux inférieurs aux injonctions de la Cour suprême. Notamment, M. le Dr Rosenthal, avocat à Berlin, a analysé dans un article intitulé « Der Schadenersatzanspruch, insbesondere wegen missbräuchlicher Firmenbenützung » (Critique de la tendance de la jurisprudence allemande à ne pas condamner aux

dommages-intérêts) et l'attitude de la Cour suprême et celle des tribunaux inférieurs (1).

L'obstacle à l'attribution des dommages-intérêts est incontestablement ce principe qui est constamment appliqué par les tribunaux inférieurs que le demandeur doit, pour les obtenir, faire la « *Substantierung* » (concrétisation) du dommage. On comprend à quel point cette « *substantierung* », qui est délicate dans tout procès, va être particulièrement difficile en l'espèce, car c'est toujours de bénéfices éventuels qu'il s'agit. Dans ces conditions, exiger la « *substantierung* » du dommage, c'est indirectement éviter, dans presque tous les cas, la condamnation aux dommages-intérêts. Il y a là quelque chose de choquant, car cela revient à encourager la concurrence déloyale. Certes, en ce qui concerne l'abandon ou même la radiation de la firme, les dispositions du législateur allemand sont telles, la jurisprudence est si sévère, qu'une firme illicite ne subsistera pas longtemps. Mais il reste encore à réparer le dommage causé pendant le temps plus ou moins long où il a été fait usage de la firme, dommage sensiblement égal au bénéfice réalisé par le commerçant qui a fait de la firme un usage illicite. Or, par l'exigence du juge, le concurrent déloyal va se trouver à l'abri de la condamnation et pouvoir ainsi garder le bénéfice illicite qu'il a réalisé. Si bien qu'on arrive à rendre inefficaces les dispositions de la loi et cela, comme le fait spirituellement remarquer M. le Dr Alfred Rosenthal dans le seul but de ménager « cet aimable et bon coucurrent déloyal » (*um nur ja dem lieben guten Rechtsverletzer nicht zu nahe zu treten*).

1) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* Herausgegeben von Patentamt Mintz, N° 3, mars 1926.

Tel est le résultat auquel parviennent les tribunaux d'instance (Instanzgerichten), en dépit des injonctions de la Cour suprême, laquelle se rend parfaitement compte de la conséquence néfaste de leur exigence. Aussi, à plusieurs reprises, a-t-elle indiqué en termes très nets l'attitude qui devrait être adoptée par les tribunaux inférieurs et qui est à l'inverse de celle qu'ils ont toujours adoptée.

Au point de vue du droit pur, voici comment la Cour suprême allemande justifie les solutions qu'elle impose.

Si l'on se reporte à l'article 287 du Code de procédure civile que M. Zittelmann, de l'Université de Bonn, a défini à juste titre « riche de conséquences » (segensreiche), on est obligé de reconnaître que les termes même de cet article dispensent de cette « substantierung » (concrétisation) du dommage. Il dispose que : « Le juge doit délibérer après appréciation de toutes les circonstances et délibérer suivant son libre arbitre » ; il peut même « donner à celui qui apporte la preuve du dommage de l'évaluer. On s'étonne dès lors que les tribunaux d'instance persistent dans une rigueur injustifiée et exigent la concrétisation du dommage. On ne saurait trop blâmer une pareille attitude surtout si l'on considère la précision avec laquelle la Cour suprême énonce et justifie les solutions qu'elle voudrait voir adopter par les juges.

Il suffit pour le montrer de rappeler les termes de quelques décisions.

« Si le demandeur n'a point apporté au débat la concrétisation du dommage, le juge doit, par ses propres moyens, apprécier les circonstances de la cause et établir ainsi le dommage. Il suffit que sa conviction soit acquise qu'il existe un préjudice,

pour qu'il puisse accorder des dommages-intérêts; on ne saurait invoquer, pour les refuser, qu'il n'y a pas eu concrétisation du dommage. » (R. G. in J. W. 1904, 156).

« Il est du devoir du juge de provoquer « sua sponte » toutes les questions susceptibles d'éclairer sa religion et d'aboutir à la concrétisation. » R. G. in J. W. 1915, 37).

D'autre part, le Reichgericht a désapprouvé en termes formels l'attitude du Berufungsgericht qui déclare que la « substantierung » est indispensable (notwendigen) pour justifier l'attribution des dommages-intérêts. Au contraire, déclare-t-il, s'il est vrai que le demandeur doit apporter la preuve, le juge doit, indépendamment de cette obligation à laquelle il sera satisfait ou non, se faire une opinion par ses propres moyens sur les faits qui constituent le dommage. Et même, il doit rechercher s'il n'y a pas un « gain manqué » au titre de l'article 252 du Code civil (1). (R. G. in M. V. W. 10. 164.) Dans cet ordre d'idées, on peut citer un arrêt où il est dit « qu'une « éventualité éloignée » de gain est susceptible d'être prise en considération; dans ce but, on peut tenir compte d'arguments qui n'ont pas été développés par les parties et précisément le défaut de preuves doit déclencher le droit de question du juge. Il est regrettable que les tribunaux inférieurs ne fassent point application de l'article 287 du Code de procédure civile. » (R. G. 68-165.)

On peut même citer le cas d'un arrêt cassant le

1) Art. 252 C.C.: Le dommage à réparer comprend également le gain manqué. Doit être considéré comme gain manqué celui auquel on pouvait vraisemblablement s'attendre d'après le cours naturel des choses ou d'après les circonstances particulières en cause, telles spécialement que les préparatifs ou dispositions qui ont été prises.

jugement d'une juridiction inférieure, parce qu'il était manifeste qu'elle n'avait point fait application de l'article 287 du Code de procédure civile « aucun attendu n'ayant fait mention de cet article. » (R. G. in J. W. 1919, 382.)

Enfin, voici un arrêt qui, en des termes très clairs, indique la conduite que doivent suivre les tribunaux d'instance : « Le juge doit apprécier les dommages-intérêts au regard du § 2 de l'article 16 de la concurrence déloyale, c'est-à-dire que la condamnation devra être prononcée chaque fois que le concurrent savait qu'il occasionnerait un dommage et même s'il l'ignorait, chaque fois que cette ignorance était le résultat de sa négligence. On ne saurait toutefois prononcer la condamnation, chaque fois que les zùsatz (mots ajoutés) sont tels que la confusion n'est pas possible. La confusion doit être appréciée au regard du public intéressé et elle doit être déclarée possible chaque fois qu'elle peut se produire dans l'esprit d'une partie quelconque de ce public. » (R. G. III. 67 et in J. W. 1-925. 2-004.)

Il est assez curieux de comparer l'attitude de la Cour suprême et celle des tribunaux inférieurs. On vient de voir la latitude que celle-là accorde aux juges alors que, pour ceux-ci, la rigueur de leurs exigences aboutit à une impossibilité de condamner aux dommages-intérêts. Ce dernier résultat, nous l'avons dit, est déplorable. Car, il ne faut pas se faire illusion, la résistance des tribunaux inférieurs est telle que, seuls, ceux qui auront épuisé tous les degrés de juridiction et parviendront devant la Cour suprême pourront obtenir des dommages-intérêts. A ce moment, M. le D^r Rosenthal le fait justement remarquer, les frais exposés par le demandeur seront tels que les dommages-intérêts seront entièrement absorbés par leur compensation.

Encore une fois, cette divergence entre la Cour suprême et les juridictions inférieures est fort regrettable, car elle fait le jeu des concurrents de mauvaise foi qui ne manquent pas de la mettre à profit.

CONCLUSION

Il nous reste maintenant à comparer le système allemand et le système français de la protection et les décisions respectives de la jurisprudence française et de la jurisprudence allemande; ce qu'ayant fait, nous pourrons nous demander le profit qu'on peut retirer de cette comparaison.

En Allemagne, les textes qui disposent sur la protection du nom prévoient, nous l'avons vu, une protection préventive par le registre du commerce. Quant à la protection répressive elle est assurée à la fois par l'article 37 du code de commerce, par l'article 16 de la loi contre la concurrence déloyale, par les articles 12, 823 et 826 du code civil.

En France, le seul texte qui permette la protection est l'article 1382 qui contient le principe général d'équité. Ce texte isolé est évidemment peu de chose au regard des nombreux textes qui, en droit allemand, régissent la matière.

On est, dès lors, tenté de croire qu'une réforme s'impose en France, qu'en tout cas elle serait salubre. Or, s'il est juste de reconnaître que le système allemand de la protection de la firme est très complet, et qu'à ce titre il est digne d'éloges, est-ce à dire qu'il faille adopter ce système; est-ce à dire que sur certains points il y ait quelque bénéfice à l'imiter.

La question se pose tout d'abord au point de vue de la protection préventive. Le registre du commerce existe en France depuis 1919. Est-il désirable de lui

faire jouer un rôle que jusqu'ici il n'a pas rempli. Doit-on, comme en Allemagne, donner au juge chargé du registre, la faculté d'agréer l'inscription requise ou de la refuser?

Pour bien apprécier l'importance de la réforme, il faut se rappeler que la notion allemande de la firme ne correspond pas identiquement à la notion française du nom commercial, celle-ci étant beaucoup plus large, à deux points de vue. En effet, le nom commercial comprend la raison de commerce et l'enseigne, aussi bien que le nom signature ; d'autre part, il n'est pas fait, en droit français, de différence entre la dénomination du plein commerçant et du moindre commerçant, pour la raison que la condition de commerçant est une et ne comporte pas de hiérarchie. Or, on se rappelle que seule, la firme, qui est le nom-signature du plein commerçant, est susceptible d'être inscrite au registre du commerce, partant de bénéficiaire de la protection préventive. Il est certain qu'il y a dans cette ventilation quelque chose qui choque l'esprit foncièrement démocratique et égalitaire du Français, surtout dans un milieu où, par excellence, la liberté de se comporter et de se mouvoir sont considérées comme indispensables et essentielles. Ce serait, à notre avis, un premier obstacle à la réalisation de la réforme.

Que si l'on objectait qu'on pourrait admettre le principe de la protection préventive, sans adopter la distinction entre plein commerçant et moindre commerçant, telle qu'elle existe en Allemagne et aussi en Suisse, il resterait à faire les critiques suivantes :

Tout d'abord, et indépendamment de toutes autres considérations, on peut remarquer que, même en Allemagne, l'efficacité de cette protection est singulièrement atténuée.

1°) Par le fait que l'article 30, § 1 du code de

commerce réduit cette protection au même lieu géographique ou à la même commune.

2°) Par le fait, qu'en dépit des soins et de la vigilance du juge commis au registre du commerce, il y a encore, nous l'avons vu, de nombreux cas de concurrence déloyale par usurpation de la firme.

Qu'on ne s'y trompe point, ces critiques ne sont point faites dans le but de conclure que le système allemand est funeste, même en Allemagne, et qu'il mérite d'être réformé. Nous voulons seulement démontrer que le résultat atteint ne justifie pas une réforme qui, en France, serait capitale. Au surplus, cette réforme n'est pas susceptible d'être bien accueillie par les commerçants français. On se rappelle que déjà, en 1902, M. Thaller faisait part de ses doutes sur son opportunité et sur son succès éventuel. Des observations qu'il fournissait, il semble que celle qui est capitale et qui sera toujours vraie, est que le Français est, par tempérament, opposé à des mesures disciplinaires de ce genre. Plus encore que sa liberté même, il a souci de tout ce qui, même en apparence, pourrait l'amoindrir. Plus encore que la discipline, c'est l'expression de la discipline qu'il redoute.

C'est bien pour cette raison que le législateur de 1919 a assigné au registre du commerce le rôle d'instrument de publicité, de casier commercial, rôle évidemment modeste auprès de celui joué par le registre du commerce allemand, mais, tel, moins susceptible de heurter les habitudes et les conceptions des commerçants français. Nous nous élevons contre cet avis exprimé par M. Lengereau (1), à savoir que si la législateur français de 1919 n'a point créé le registre du commerce à l'image du registre du commerce allemand, c'est en raison de ce que les travaux pré-

1) Le Registre du Commerce. Thèse, Paris 1924.

paratoires ont été accomplis à une époque où la guerre n'était point terminée; cette considération aurait, dans une certaine mesure, empêché qu'on tournât ses regards vers l'Allemagne. Affirmer cela, c'est méconnaître la largeur de vues de l'esprit français. Précisément, nous avons fait remarquer, à la suite de quelle évolution, sous l'influence de M. Lyon-Caen, qui fut toujours partisan du registre du commerce envisagé comme simple instrument de publicité, les auteurs les plus éminents et les moins susceptibles de céder à des considérations d'ordre aussi étroit, étaient arrivés à estimer qu'il n'était pas désirable de faire jouer au futur registre du commerce un rôle préventif de protection. Ainsi en fut-il en 1919 pour la raison que c'était le seul moyen d'assurer à cette institution un accueil et un succès qu'il n'aurait point eu si son rôle avait du dépasser celui d'un instrument de publicité. Précisément, l'exemple du registre du commerce marocain, qui est une mauvaise copie du registre allemand, devait rendre le législateur très circonspect vis-à-vis d'une pareille innovation. Au surplus, à considérer que le législateur français était susceptible d'en faire une institution plus cohérente que celle du législateur marocain, il n'en reste pas moins, qu'ainsi envisagé, il représentait une réforme susceptible de heurter les conceptions traditionnelles.

Est-il permis de penser que le chemin pourra être parcouru par étapes et que, désormais, il sera moins difficile aux commerçants de passer du stade actuel à celui de la protection préventive. Nous ne le croyons pas. Sur ce point, l'esprit du commerçant français n'est pas susceptible de changer. Au surplus, il n'apparaît pas que cette réforme doive nécessairement aboutir à des résultats sensiblement meilleurs puisque le registre du commerce est, nous

l'avons vu, impuissant à prévenir de nombreux conflits. Dans ces conditions, une réforme sur ce point n'est pas souhaitable ; elle comporte des dangers certains, qui ne sont pas susceptibles d'être compensés par les résultats éventuels.

Si, maintenant, on envisage le système répressif de la protection, on est obligé de reconnaître que le législateur allemand a été très complet. Est-ce à dire qu'il soit nécessaire ou très fructueux de l'imiter. Il semble que non, et voici pourquoi :

Il y a deux raisons pour lesquelles le législateur allemand a été amené à légiférer, sur ce point, d'une manière complète et précise. C'est d'abord qu'il fallait réglementer la faveur qui était faite à la firme, du fait de son inscription au registre du commerce, empêcher que celui qui a trompé la religion du juge ne se trouve avoir acquis, par surprise, une situation inexpugnable. C'est, ensuite, qu'à l'époque où fut rédigé le code de commerce, on n'avait point encore reconnu parfaitement le droit au nom. En l'absence d'une telle conception, il fallait bâtir à chaud et à sable, légiférer d'une façon complète, puisqu'en l'absence d'un texte spécial eut été difficile de se reporter à un texte général.

Cette dernière considération que l'abondance et la précision des textes est le résultat de l'absence d'un concept général, est susceptible de faire réfléchir sur la nécessité d'une réforme qui aurait pour but d'apporter des textes copieux dans un pays où le droit au nom fut, de tout temps, reconnu et où la jurisprudence admet que ce droit est un véritable droit de propriété. Ajoutons à cela qu'en droit français, au contraire du droit allemand, il existe un droit général de la personnalité, si bien qu'on peut dire que le système allemand et le système français de la protection, sont à l'inverse, l'un

étant riche de dispositions spéciales sur une matière où les principes généraux font défaut, l'autre suppléant à l'absence de ces dispositions spéciales par l'ampleur et la souplesse des principes généraux.

Examinons, maintenant, en détail, les dispositions relatives à la protection du nom.

Le § 1 de l'article 37 prévoit l'action spontanée du juge, indépendamment de toute plainte de l'ayant-droit. Nous avons vu suivant quelle procédure cette action pouvait aboutir aux peines disciplinaires et à la dissolution. Il n'est pas difficile de remarquer que ce pouvoir dévolu au juge est le pendant de celui qui lui a été accordé de refuser l'inscription de la firme ; plus particulièrement il est, pour lui, un moyen de réparer son défaut de vigilance, au cas où sa religion aurait été surprise, où une firme aurait été enregistrée à tort. C'est dans une grande mesure un pouvoir complémentaire du premier ; à ce titre, ce que nous avons dit de l'action spontanée du juge en matière préventive est vrai, en ce qui concerne le § 1 de l'article 37. D'ailleurs, en tout état de cause, il n'apparaît pas que le commerçant français saocomoderait de cette action publique qui déclenche une procédure assez compliquée. Au surplus, n'est-il pas clair que cette innovation ne serait possible qu'à condition d'adopter le système allemand du registre du commerce et de la firme qui restreignent considérablement le champ d'investigation du juge commis au registre, restriction sans laquelle le pouvoir du juge serait illusoire.

On ne voit pas comment le juge pourrait surveiller l'usage fait des raisons de commerce, enseignes, etc., des commerçants de toutes conditions. Son action n'est susceptible d'être fructueuse que si le champ dans lequel elle doit s'exercer n'est pas trop vaste. Précisément cette action du juge est limitée

à un double point de vue : tout d'abord elle ne vise que les firmes enregistrées dans le même lieu ou dans la même commune ; ensuite elle ne s'exerce que sur la firme qui est l'apanage des pleins commerçants à l'exclusion des moindres commerçants. Encore une fois, cette limitation est nécessaire. Mais à ce prix, la réforme n'est pas souhaitable ; elle heurterait trop violemment les conceptions traditionnelles du commerçant français. Il n'y a donc rien à retenir de l'alinéa 1^{er} de l'article 37 du Code de Commerce.

Voyons maintenant l'alinéa 2 :

Toute personne lésée par l'usage illégitime d'une firme peut demander qu'il soit mis fin à cet usage. Il n'est en rien préjudicié à l'action en indemnité qui pourrait être fondée sur d'autres dispositions législatives.

Il n'y a aucun profit à tirer de ce texte, car il ne contient rien qui ne soit compris dans le droit exclusif qui en France est reconnu à chacun sur la dénomination commerciale. Bien au contraire, la protection qui lui est reconnue par ce texte est moins large puisqu'elle est limitée dans l'espace. C'est ce qui résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article 37 : « Quiconque fait usage d'une firme qui, *aux termes de la 3^e section* du Code de Commerce ne lui appartient pas. » (N'oublions pas, en effet, que les termes de la présente section restreignent la protection au même lieu et à la même commune). Enfin, pour les dommages-intérêts l'article 37 renvoie aux autres dispositions. Non seulement nous ne croyons pas qu'on puisse avoir grand avantage, en France, à imiter cette disposition ; mais encore il est facile de remarquer que les juges allemands mettent plus volontiers à contribution, pour justifier leurs décisions,

l'article 12 du Code Civil et l'article 16 de la loi de 1909 sur la concurrence déloyale.

Quant à l'article 12 du Code Civil, c'est en somme un texte qui reconnaît le droit au nom, et rien de plus. Cette disposition était nécessaire à une époque où en Allemagne ce droit n'était pas reconnu depuis aussi longtemps qu'en France. Mais il n'y a rien dans ce texte qui dépasse la notion de ce droit telle qu'elle existe chez nous, si ce n'est qu'une poursuite peut être intentée pour des faits qui sont seulement à craindre pour l'avenir. Quant à cette dernière disposition, nous ne voyons pas qu'elle puisse être d'une grande application ; en tous cas, cette application se heurtera toujours à des difficultés d'ordre pratique qui, indépendamment de ce que la possibilité d'une action fondée sur un dommage éventuel, choque la notion française de l'équité, suffit, à notre avis, à la condamner.

La jurisprudence allemande, nous l'avons vu, fait grand état de l'article 12. Mais il n'y a là qu'une interprétation large d'un texte général, interprétation que les juges peuvent tout aussi bien faire du droit au nom civil ou commercial, tel qu'il est reconnu en droit français. Spécialement, nous avons vu qu'une des principales applications de l'article 12 était la protection du mot-vedette ; on se rappelle que la jurisprudence française, à l'égal de la jurisprudence allemande assure cette protection.

Reste à examiner la loi de 1909 sur la concurrence déloyale.

A plus d'un point de vue, c'est la disposition la plus large et la plus complète de la législation allemande, en ce qui concerne la protection répressive de la firme. Cette protection n'est pas limitée dans l'espace ; l'alinéa 2 de l'article 16 prévoit l'attribution des dommages-intérêts, rendant ainsi inutile

l'application des articles 823 et 826 du Code Civil ; l'alinéa 3 combiné avec l'alinéa 1^{er} assimile tous les signes distinctifs à la firme.

Nous tenons l'article 16 de la loi de 1909 pour un texte très complet. Est-ce à dire qu'il soit nécessaire en France de faire une loi sur la concurrence déloyale. Le législateur se trouverait alors devant deux solutions : ou bien énoncer limitativement les cas de concurrence déloyale ; dans ce cas, quelle que soit la minutieuse précision du législateur elle serait tôt dépassée par l'imagination toujours en éveil du concurrent déloyal ; ou bien, en termes généraux, énoncer soit les peines, soit les dommages-intérêts auxquels s'expose tout concurrent qui agit contrairement aux usages licites. Aux termes de la loi allemande de 1909 et à l'inverse de certaines lois sur la concurrence déloyale (1), l'acte de concurrence déloyale constitué par l'atteinte au nom, n'est susceptible d'aucune répression pénale. L'alinéa 2 de l'article 16 se borne à prévoir des dommages-intérêts.

Pour déterminer l'utilité d'une réforme et l'opportunité de l'avènement en France d'une loi sur la concurrence déloyale, inspirée de la loi allemande, il faut rechercher tout d'abord si la jurisprudence française ne parvient pas au même résultat au moyen de l'article 1382. Dans l'affirmative, il n'est pas douteux qu'une pareille disposition serait superflue.

Le moment est donc venu de comparer les décisions de la jurisprudence française et de la jurisprudence allemande. Il n'est pas nécessaire, sem-

1) Notamment loi espagnole du 16 mai 1902, art. 140 (amende de 120 à 125 piécettes). Cf. Propriété Industrielle, Berne 1902, pages 82, 98, 130, 146.

ble-t-il, de revenir sur les points où aucune divergence n'est à signaler. Mais il est deux points essentiels sur lesquels nous pensons que la jurisprudence allemande peut être critiquée.

1° On peut se demander si la firme du premier usager ne jouit pas en Allemagne d'une protection exagérée. Cette question peut se poser à deux points de vue. D'abord, la firme est protégée en dépit de la différence de nature des entreprises. Nous avons même vu que le fait pour une société importante de pouvoir être confondue avec une société ayant un capital minime pouvait justifier l'abandon de la firme par le deuxième usager. Bref, lorsqu'une confusion peut se produire, sa nature et son étendue important peu. Au contraire, en France, il faut, pour justifier l'action, que cette confusion soit telle que l'erreur provienne du client lequel, sur la foi du nom usurpé, achète une marchandise vendue par un commerçant différent de celui auquel il eût l'acheter. La notion très large du préjudice résultant de la confusion telle qu'elle existe en Allemagne a quelque chose qui s'oppose à la conception de la jurisprudence française, mais enfin on ne peut pas dire qu'elle soit en contradiction avec les principes mêmes du droit allemand. Nous pensons seulement qu'en France la protection du nom commercial ne devra jamais aller jusque-là.

Il en est autrement du deuxième point de vue auquel il semble que l'on puisse critiquer la protection exagérée dont jouit le premier usager de la firme. Les arrêts de jurisprudence que nous avons cités montrent que les juges allemands n'hésitent pas à prononcer la suppression de la firme même lorsque le commerçant exerce réellement sous cette firme, cela, il est vrai, lorsque le deuxième usager n'a pas fait preuve de bonne foi. A notre avis, ces

décisions sont d'autant plus critiquables qu'en droit allemand le choix de la firme n'est pas libre; celle-ci doit être conforme au nom patronymique. Voilà bien le cas où la suppression de la firme va aboutir à une interdiction de faire le commerce. N'y a-t-il pas là un résultat très choquant, que la mauvaise foi elle-même ne justifie pas entièrement. Il est vrai de remarquer que les institutions mêmes du droit allemand que nous venons d'étudier permettent d'affirmer que le principe de la liberté du commerce est moins large qu'en droit français. Tout de même, il y a quelque chose de choquant à empêcher un individu d'exercer le commerce, ou même tel commerce, sous son nom patronymique devenu sa firme, surtout lorsqu'il n'a pas le droit de constituer sa firme avec un nom autre que ce nom patronymique. Ce qui est certain, c'est que nous ne saurions, étant donné la conception que nous avons de la liberté du commerce, prendre exemple de la rigueur de la jurisprudence allemande.

Faisant contraste avec cette rigueur, l'attitude des tribunaux d'instance qui s'obstinent à exiger la « concrétisation » du préjudice pour condamner aux dommages-intérêts, c'est-à-dire, en fait, ne condamnent presque jamais, paraît d'autant plus surprenante. Mais il faut bien se garder d'interpréter cette attitude comme un manque d'harmonie dans la jurisprudence; car la jurisprudence émane de la Cour suprême. Or, nous avons vu que celle-ci soutenait un point de vue opposé à celui des tribunaux d'instance, recommandant aux juges d'appliquer l'article 287 du Code de procédure civile qui, à défaut de « concrétisation » par le demandeur, permettra au juge de se faire une religion en appréciant toutes les circonstances, et sa conviction étant faite, d'attribuer des dommages-intérêts au deman-

deur. A ce point de vue, l'attitude de la Cour suprême allemande, suivie par quelques tribunaux supérieurs, est conforme à celle de la jurisprudence française, avec, toutefois, une tendance à accorder plus facilement les dommages-intérêts. C'est ainsi, par exemple, que l'Oberlandgericht de Hambourg, dans un cas où la dissolution avait été obtenue sans attribution de dommages-intérêts, a attribué une somme de dix mille marks, indépendamment des dépens, pour le temps perdu par le demandeur pour soutenir le procès. Egalement, l'Oberlandgericht de Hambourg a estimé que lorsque le demandeur avait dû, pour soutenir un procès, donner à son avocat des « honoraires exceptionnels » (sonderhonorar) le défendeur pouvait être condamné à les payer indépendamment des autres frais de la procédure (1). Enfin, signalons que la Cour suprême exprime l'avis qu'il devra être tenu compte de certains éléments impondérables tels que l'éducation (traduisez le degré de discernement) du concurrent déloyal et l'attitude au procès des parties. D'une façon générale, il est toujours tenu compte par les juges français de ces éléments impondérables, et le plus souvent tacitement. Quant à l'attribution d'une indemnité spéciale pour honoraires exceptionnels déboursés par le demandeur ou pour le temps consacré par ce dernier au procès qu'il a été contraint d'engager, il n'est pas douteux que nos juges ne sont jamais allés jusqu'à détailler avec une telle minutie les sommes attribuées pour la réparation du dommage. Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils attribuent des dommages-intérêts uniquement en considération du temps perdu ou de l'argent dépensé pour mener le procès à bien. Il convient d'ail-

1) Oberlandgericht Hambourg R. Z. 1922.

leurs de remarquer qu'il n'y a là rien qui fausse le principe de l'attribution des dommages-intérêts, car on peut considérer comme entrant dans la notion du dommage causé, le fait qu'il faut consacrer une certaine somme d'argent ou un certain temps à faire reconnaître ce dommage.

Quoiqu'il en soit, on voit combien la Cour suprême et les tribunaux supérieurs allemands sont larges en ce qui concerne l'attribution des dommages-intérêts et combien cette attitude contraste avec les décisions des tribunaux inférieurs. On s'étonne de la résistance de ceux-ci, surtout si l'on considère la précision avec laquelle la Cour suprême allemande exprime son avis et au surplus l'autorité dont sont revêtus ses avis, puisque de nombreux conseillers ont contribué autrefois à l'élaboration du Code de commerce et du Code civil.

Il faut espérer que, persistant dans son point de vue la Cour suprême parviendra à vaincre la résistance des tribunaux d'instance qui s'obstinent à exiger la « concrétisation » du préjudice et par là à refuser, dans la plupart des cas, l'attribution des dommages-intérêts, résultat d'autant plus fâcheux que la condamnation aux dommages-intérêts contribue largement à la répression de la concurrence déloyale. Dans ce sens, il y aurait, à notre avis, quelque bénéfice à ce que les juges français hésitassent moins souvent à condamner aux dommages-intérêts, et s'il y avait quelque exemple à suivre de la jurisprudence allemande, ce serait celui de la Cour suprême qui, sur ce point, semble être beaucoup plus large que la jurisprudence française.

En dehors de cette considération nous ne voyons pas le bénéfice que l'on pourrait, en France, retirer d'une réforme inspirée du droit allemand. En définitive, une innovation qui aurait pour résultat de don-

ner au juge un pouvoir spontané, soit préventif, soit répressif n'est pas à souhaiter; elle comporte des inconvénients certains au regard desquels on ne peut qu'espérer des résultats éventuels, résultats qui, peut-être, ne compenseraient point les inconvénients. Quant à l'action déclenchée par le particulier, on a vu que c'était surtout l'article 12 du Code civil et l'article 16 de la loi sur la concurrence déloyale qui s'appliquaient. Or, le principe contenu dans l'article 12 est constant dans la jurisprudence française et celle-ci en fait une application aussi large que la jurisprudence allemande. De même, la jurisprudence française supplée à l'absence de loi sur la concurrence déloyale. N'étant pas bridée par des textes spéciaux son système, nous l'avons vu, se développe avec une grande souplesse, une grande subtilité et une grande harmonie. Il permet des solutions d'espèce, moulées en quelque sorte sur les faits de la cause. Tel, il est satisfaisant. S'il en faut une preuve, on peut citer le cas de l'Alsace-Lorraine qui, après avoir vécu sous le régime allemand de la firme, s'est très bien accommodée du système français. A la vérité, l'adaptation a été facile surtout parce qu'il s'agissait de passer d'un système compliqué, rigide et minutieux à un système large et souple. Dans la réciproque, la solution serait plus difficile. Il est certain, en tout cas, qu'à l'heure actuelle l'assimilation est réalisée; d'autre part nous savons des Chambres de commerce elles-mêmes que l'introduction du régime français du registre du commerce (1) n'a pas soulevé de graves difficultés. Il arrive pourtant que des commerçants signent leur correspondance de la firme au lieu d'y apposer leur signature civile, même quand elles ne se confondent pas. Mais

1) Loi du 1^{er} juin 1924.

cet usage tend à disparaître à mesure que les commerçants sont mieux pénétrés de la notion française du nom commercial.

Encore une fois, nous considérons le système allemand comme très complet et très homogène. Nous rappelons seulement que l'abondance des textes spéciaux est la conséquence de l'état dans lequel est longtemps resté le droit allemand, lorsque le droit au nom n'était pas encore reconnu. Cette abondance et cette précision étaient alors une impérieuse nécessité. D'autre part, il n'est pas douteux que quelques-unes de ces dispositions sont commandées par la conception même de la firme et des commerçants. Dès lors, le système allemand se présente avec une personnalité et une psychologie propres. Tel, il n'est pas possible, à notre avis, de fournir un exemple à suivre, encore que, considéré en soi, il doive être considéré comme parfaitement homogène et complet, encore qu'en Allemagne il donne des résultats excellents, conformes à ce qu'on en attendait.

En France la jurisprudence française a bâti *intégralement*, au moyen du principe général d'équité (art. 1382), un système harmonieux, souple et subtil. Sans doute, autrefois, l'indigence des textes a-t-elle été un inconvénient grave. Mais aujourd'hui, par une expérience séculaire, la jurisprudence française a établi des règles qui ont l'avantage, tout en ayant des contours nets, de permettre à ceux qui les appliquent de les mettre insensiblement en harmonie avec les conditions du moment.

En tous cas, nous pensons que si une disposition législative devait intervenir dans le but de préciser la notion de protection, elle devrait se borner à codifier les résultats obtenus et les principes mis en lumière par la jurisprudence. Mais, en présence de l'attitude très ferme et particulièrement subtile de

la jurisprudence française, on peut douter qu'une intervention du législateur soit vraiment utile, puisque, au demeurant, aucune réforme n'est souhaitable, et puisque les textes à venir ne seraient susceptibles que de confirmer cette attitude. Même, on peut se demander si des dispositions précises n'auraient pas l'inconvénient d'enlever au système de la jurisprudence cette souplesse et cette subtilité admirables qui sont très appréciées à l'étranger. C'est, eu égard à ces considérations que nous nous prononçons en faveur du statu quo.

S'il est vrai qu'il y a une âme de bonté jusques dans les choses mauvaises, il est vrai, aussi, que l'insuffisance même d'une institution peut être la cause d'une sécrétion féconde qui la transforme et la complète au point de la rendre satisfaisante.

BIBLIOGRAPHIE

A. — DROIT FRANÇAIS

- AUBIN (Edmond). — *Du Nom commercial*, Thèse, Paris 1899.
- AUSCHITSKY (Abel). — *Le Nom commercial*, Thèse, Bordeaux 1909.
- BAITRY (Albert). — *Du Nom commercial et de sa protection*, Thèse, Paris 1909.
- BARBIER (René). — *De la Concurrence déloyale*, Thèse, Paris 1895.
- BERGE (Stéphane). — *La Justice française au Maroc*, ouvrage publié avec une préface de M. Renault, membre de l'Institut, Paris, Ernest Leroux 1917.
- BLANC (Edmond). — *Traité de la contrefaçon et de sa poursuite en justice*, 4^e édition, Paris 1855.
- BLONDEL (Pierre). — *Du Nom patronymique*, Thèse, Paris 1905.
- BOURGOING (Charles). — *Le Registre du Commerce*, Thèse Paris 1905.
- CALMELS (Edouard). — *Des Noms et Marques de fabrique et de la Concurrence déloyale*, Paris, Durand 1858.
- CLÉMENT-GRANDCOUR. — *Etude sur le nom commercial*, Thèse, Paris 1906.
- CROUANSON (Marthe-Claude). — *De l'Elément de faute dans la Concurrence déloyale*, Thèse, Aix 1925.
- DESHAYES DE MERVILLE. — *Du Nom commercial en Droit français*, Thèse, Paris 1883.
- GASTAMBIDE (A.). — *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres*, Paris, Legrand et Descauriot 1837.

- HÉRON DE VILLEFOSSE. — *La Propriété industrielle au Maroc*, Extrait de la Société de Législation comparée, Paris 1918.
- HUMBLET (Léon). — *Traité des noms, des prénoms et des pseudonymes*, Paris, Larose et Forcel 1892.
- LABBÉ. — *Note sous Sirey*, 1884-2-21.
- LALLIER (J.-A.). — *De la Propriété des Noms et des Titres*, Paris, Giard 1890.
- LÉVY (Roger). — *Le Nom commercial*, Thèse, Paris 1905.
- LYON-CAEN. — *Note sous Sirey*, 78-1-289 et 94-1-433.
- LYON-CAEN, CARPENTIER, DAGUIN. — *Les Lois commerciales de l'Univers*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1911.
- MACK. — *Des raisons de commerce, des conditions et des formes de leur transmission*, Thèse, Paris 1906.
- DE MAILLARD DE MARAFY. — *Grand Dictionnaire international de la propriété industrielle au point de vue du nom commercial, des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale*, 2 vol., Paris 1890.
- MARCY (Jeanne). — *La Réglementation des Appellations d'origine*, Thèse, Paris 1927.
- MAUNOURY (Maurice). — *Du Nom commercial*, Thèse, Paris 1894.
- OUDINOT (Marcel). — *De la transmission de la firme en droit allemand comparé à la cession du nom commercial en droit français*, Annales de Droit commercial de 1912, pp. 259 à 359.
- PERREAU. — *Contribution à l'étude du nom civil. Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1902.
- PERREAU. — *Le droit au nom en matière civile*, Paris, Larose et Ténin, 1910.
- PLAISANT (Marcel). — *Revue critique de Droit français dans le domaine de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1919-1920, Rome 1920, in-8°, 50 p.
- POUILLET (E.). — *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*. Dernière édition revue et mise à jour par Taillefer et Claro, Paris, Marchal et Godde, 1912.

REIBELL (Charles). — *Du nom commercial, artistique et littéraire en Droit français*, Thèse, Nancy 1905.

RENDU. — *Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale*, Paris, Cosse et Marchal, 1858.

SALEILLES. — Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'empire d'Allemagne, *Revue critique*, 1900, p. 94.

SALVETON (H.). — *Le nom en droit romain et en droit français*, Thèse, Lyon 1887.

SUDRE (Philippe). — *Le droit au nom*.

VANDENBROUCQUE (Auguste). — *Des enseignes des commerçants et de la concurrence déloyale par l'usurpation d'enseignes*, Thèse, Dijon 1899.

VIALLETON (Henri). — *Du rôle juridique du dépôt dans les diverses branches de la propriété industrielle*, Thèse, Montpellier 1914.

PERIODIQUES :

Annales de Droit commercial français, étranger et international.

Annuaire de l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle.

Annuaire de Législation étrangère publié par la Société de Législation comparée.

Bulletin de l'Association française pour la protection de la propriété industrielle.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives.

Bulletin de la Société de Législation comparée.

Dalloz hebdomadaire.

Dalloz périodique.

Journal du Palais.

Journal des Tribunaux de Commerce.

Journal des Sociétés civiles et commerciales.

Journaux quotidiens :

(La Loi, le Droit, la Gazette du Palais, la Gazette des Tribunaux et les Recueils de Province : Journal arrêts

de Bordeaux, Mémorial de Bordeaux, Moniteur judiciaire de Lyon, Moniteur judiciaire du Midi, Recueil de Grenoble, Recueil de Marseille, Gazette de la Cour de Dijon, Recueil de Riom, Recueil de Nancy, Recueil de Nantes.)

Pandectes françaises.

Pasicrisie belge.

La Propriété industrielle, organe officiel du bureau international de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, Berne.

Recueil de la Législation concernant la propriété industrielle et commerciale :

Tome I^{er} : *La Législation française*, 1911.

Tome II : *Législation étrangères*, 1911.

Tome III : *Conventions internationales*, 1911.

Recueil général des lois et arrêts (Recueil Sirey).

Revue de Droit commercial et industriel.

Revue générale de la propriété industrielle.

Revue algérienne, tunisienne et marocaine de Législation et de Jurisprudence.

B. — DROIT ALLEMAND

Ouvrages en langue française

Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900 (Traduction de l'Office de Législation étrangère et de Droit international). Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 20, rue Soufflot.

Code de Commerce allemand, mis en vigueur en 1900. Paul Carpentier, Paris, Librairie Maresq aîné, 20, rue Soufflot.

Traité de Droit commercial, par C. Cosacq, traduit par Léon Mis, Paris, V. Giard et E. Brière, libraires-éditeurs, 12, rue Soufflot, et 12, rue Toullier.

La Répression de la Concurrence déloyale en Allemagne (Loi du 27 mai 1896), par Georges Eeckout, Gand.

imprimerie A. Siffer, place Saint-Bavon; Paris,
Marchal et Billard, place Dauphine, 27; Berlin,
Prittkammer et Müllbrecht, Franzosischestrasse, 28.

Ouvrages écrits en langue allemande

- ADLER. — *Das Handelsregister*, Berlin 1909.
- ADLER. — *Der Name in Deutscher und Österreichischen Recht*.
Berlin 1921.
- BLUMENTHAL. — *Das Firmenrecht des Kaufmanns und
der Schutz Anderer Bezeichnungen des Verkehrs*.
Diss. Greifswald 1916.
- BIEK. — *Das Schweizerische Handelsregister*, Zürich 1912.
3^e édition, Berlin 1910.
- COSACQ. — *Lehrbuch des Handelsrechts*, 8^e édition, Jéna
1920.
- DERNBURG. — *Pandekten*, 7^e édition, vol. 1, Berlin 1902.
- DÜRJNGEN-HACHENBURG. — *Das Handelsgesetzbuch*, vom.
10 mai 1897, 2^e édition, vol. I, Manheim 1908.
- ENDEMANN. — *Das deutsche Handelsrecht*, 4 édition, Leip-
sig 1887.
- FINGER. — *Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*
vom 7 juni 1909, 3^e édition, Berlin 1910.
- GAREIS. — *Das deutsche Handelsrecht*, 8^e édition, Berlin
1909. — *Handelsgesetzbuch*, vom. 10 mai 1897. —
Handausgabe, München 1909.
- GIERKE. — *Deutsches Privatrecht*, vol. 1, Leipsig 1895.
- GOLDMANN. — *Das Handelsgesetzbuch*, vom 10 mai 1897,
vol. I, Berlin 1901.
- GREIS FR. W. — *Die Form der Firma des Einzelkaufmanns*
Diss, Breslau 1920.
- HAAB. — *Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des Han-
delsfirma*, Thèse, Strasburg 1888.
- HEINEMANN (Joachim). — *Ist ein Grundsatz der Firmen-
einheit anzuerkennen?* Diss. Greifswald 1919.
- KOHLER. — *Das Individualrecht als Namensrecht. Im Ar-
chiv für bürgerliches Recht*, vol. 5, pp. 77-110. —
Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884.

- LEHMANN. — *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig 1908.
- LEHMANN-RING. — *Das Handelsgesetzbuch*, Berlin 1899.
- MAKOWER. — *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, 13^e édition, vol. 1, Berlin 1906.
- MÜLLER ERZBACH (Rüdolf). — *Deutsches Handelsrecht*, 2^e Verlag vom. J. C. B. Mohr, Tübingen 1927.
- OSHAÜFEN. — *Das Verhältnis des Namenrechts zum Firmenrecht*, Berlin 1900.
- RAMDOHR. — *Das Recht zum Gebrauche eines Namens nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs*.
- SCHMAÜSER. — *Das Recht an der Handelsfirma*, Thèse, Nürnberg 1892.
- WALTER BÜHNER. — *Der Rechtsschutz der Firma*, Thèse, Greiswald Druck von Jülius Abel, 1912.
- WIARDA. — *Über deutsche Vornamen und Geschlechtsnamen*, Berlin Stettin 1800.
- WINDSCHEID. — *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8^e édition, vol. 1, Frankfurt am Main 1900.
- WOLF. — *Der unbefugte Gebrauch einer Firma* (H.G.B., 37) Thèse Borna, Leipsig 1908.

Articles de revue écrits en langue française

Dans *La Propriété Industrielle* (revue mensuelle du Bureau international de l'Union pour la Protection de la Propriété industrielle), 7, Helvetiastrasse, Berne.

ALLEMAGNE. — *Lettre d'Allemagne* : La jurisprudence allemande en matière de noms et de raisons de commerce, par M. le Professeur Martin Wassermann de l'Université de Hambourg. (Numéro du 31 décembre 1926, p. 268).

Jurisprudence : Marque. Collision avec un nom. Prédominance du nom. Convention d'Union, articles 2 et 8. Code civil allemand. (Tribunal du Reich, 26 septembre 1924). (Numéro du 31 mai 1925, p. 103)

Jurisprudence : Indication de provenance ou désignation de la qualité. Fromage Gervais. Nom commercial. Emploi pour la désignation de marchan-

dises. Concurrence déloyale. (Tribunal de l'Empire, 2^e section civile, 29 octobre 1920). (Numéro du 31 mars 1922, p. 42).

Jurisprudence : Nom commercial, Mitropa. Enregistrement par un tiers comme marque de fabrique. Radiation (Berlin. Landgericht, Chambre civile 16-18 décembre 1917). (Numéro du 31 janvier 1919, p. 9).

AUTRICHE. — *Lettre d'Autriche* : Jurisprudence en matière de Nom commercial, par. M. le Professeur Adler de l'Université de Vienne (Numéro du 31 mai 1927, p. 87).

Périodiques allemands

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberlandesgericht.

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums. Herausgegeben von Patentanwalt, Mintz.

Hanseatische Rechts-Zeitschrift, begründet und herausgegeben von Prof. dr. Max Mittelein. Verlag Paul Hartung, Hamburg 25, Bergfelderstr. 28.

Juristische Wochenschrift, Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein, Verlag : W. Moeser Buchhandlung, Leipzig, Dresdnerstrasse, 11-13.

Markenschutz und Wettbewerb, Monatschrift für Marken, Patent und Wettbewerbsrecht. Organ der Gesellschaft für Weltmarkenrecht Herausgegeben von Dr. Martin Wassermann Rechtsanwalt, Hamburg. Verlag : Dr. Walter Rotschild, Berlin, Wilmersdorf.

Recht und Handel, Monatsschrift aus der Praxis für Handel Industrie und Verkehr. Herausgegeben von Dr. Georg Baum Rechtsanwalt und Notar, Dozent an der Handelshochschule, Berlin.

Die Rechtsprechung, Beiträge zur Zeitschrift « Juristische Rundschau », Berlin.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von B. Mugdan, Kammerger. Rat. a. D., Berlin.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Verlag, Walther de Gruyer Co, Berlin und Leipzig.

Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Geschäftsstelle Berlin, W 9, Eichhornstrasse, 10.

Zeitschrift für das gesamte Handels und Konkursrecht, tome 85, Stuttgart.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
INTRODUCTION	11

PREMIERE PARTIE

Notion et nature juridique du nom commercial en droit français :

CHAPITRE I. — De la notion de nom commercial,	23
CHAPITRE II. — Nature juridique du nom civil....	43
CHAPITRE III. — Nature juridique du nom commercial	55

DEUXIEME PARTIE

La Protection du nom commercial en droit français :

TITRE I^{er}. — Etude des dispositions législatives :

CHAPITRE I. — Rôle du Registre du commerce en France et au Maroc. (Loi de 1919 et Dahir de 1913)	83
CHAPITRE II. — Loi pénale du 28 juillet 1824....	99

TITRE II. — Etude des décisions de jurisprudence relatives à la protection du nom commercial :

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Des faits constitutifs de concurrence illicite en général..	111
CHAPITRE I. — La possibilité de confusion, source de préjudice, est la mesure de l'action	121

CHAPITRE II. — Des décisions relatives à l'usurpation du nom ou de la raison commerciale	131
CHAPITRE III. — Des homonymes ou du conflit de droits	143
CHAPITRE IV. — Pouvoir des juges. Mot-vedette. Eten- due de la protection dans l'espace	171
§ 1 Pouvoir des juges	171
§ 2 Mot-vedette	177
§ 3 Etendue de la protection dans l'espace.	181

TROISIEME PARTIE

La Protection de la Firme en Droit allemand :

TITRE I. — Notion et nature juridique de la firme :

CHAPITRE I. — Des commerçants et de la firme en général	197
CHAPITRE II. — Nature juridique de la firme.....	207

TITRE II. — La Protection de la firme :

CHAPITRE I. — Protection assurée par le tribunal de district (Amstgericht) indépen- damment de toute plainte de l'ayant - droit	221
§ 1 Protection préventive	221
§ 2 Protection répressive	224
CHAPITRE II. — L'action du particulier	231
§ 1 L'art. 37, § 2	232
§ 2 Loi sur la concurrence déloyale.....	239
§ 3 L'article 12 du Code Civil.....	243
CHAPITRE III. — Etude de jurisprudence	247
§ 1 L'interdiction ou l'abandon d'une firme peuvent être ordonnés en dépit de la différence de nature des entreprises qu'elles désignent	247

	Page
§ 2 Des conflits de droit ou des homonymes.	249
§ 3 Application de l'article 12 du Code Civil.	
Le mot-vedette	253
§ 4 Application faite par la jurisprudence allemande du principe de la condam- nation aux dommages-intérêts.....	257
CONCLUSION	263
BIBLIOGRAPHIE	279



Vu : *Pour le Doyen,*
L'Assesseur,
THOMAS.

Vu : *Le Président de Thèse,*
Louis MILLIOT.

Vu et permis d'imprimer :

Alger, le 28 mars 1928.

Le Recteur,
TAILLART.

